



*Justicia*  
**Justicia**

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

*Administrativa*  
**Administrativa**

DIRECTOR

**Miguel Sánchez Morón**

editorial

**LEX NOVA**

# REVISTA

## Justicia Administrativa

### CONSEJO ASESOR

**Iñaki Agirreazkuenaga Zigorraga** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO. **Javier Barnés Vázquez** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE HUELVA. **Antonio Embid Irujo** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA. **Germán Fernández Farreres** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. **Javier García Roca** CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE VALLADOLID. **Francisco López Menudo** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE SEVILLA. **Ángel Menéndez Rexach** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. **Luis Ortega Álvarez** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. **Manuel Rebollo Puig** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA. **Joaquín Tornos Mas** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE BARCELONA.

### DIRECTOR

**Miguel Sánchez Morón**

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

### SECRETARÍA TÉCNICA

**Margarita Beladiez Rojo**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

© LEX NOVA 2005

EDICIÓN	EDITORIAL LEX NOVA, S.A. General Solchaga, 3 47008 Valladolid
TELÉFONO	902 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	clientes@lexnova.es
ISSN	1139-4951
DEPÓSITO LEGAL	VA. 777/1998

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Lex Nova. La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente a la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación. Editorial Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

## Sumario:

### DOCTRINA:

- [5] **Consideraciones sobre el Informe para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público**  
BELÉN MARINA JALVO

- [57] **La técnica del alejamiento de actividades clasificadas en las Comunidades Autónomas y otras cuestiones suscitadas por la STS de 19 de julio de 2004**  
RENÉ JAVIER SANTAMARÍA ARINAS

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [75] **I. DERECHO COMUNITARIO**  
L. ORTEGA ÁLVAREZ
- [105] **II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS**  
J. GARCÍA ROCA
- [113] **III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS**  
J. GARCÍA ROCA
- [133] **IV. FUENTES DEL DERECHO**  
A. MENÉNDEZ REXACH
- [151] **V. ACTOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**  
A. MENÉNDEZ REXACH
- [167] **VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**  
M. SÁNCHEZ MORÓN
- [173] **VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**  
M. REBOLLO PUIG
- [189] **VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**  
F. LÓPEZ MENUDO
- [201] **IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**  
F. LÓPEZ MENUDO
- [211] **X. FUNCIÓN PÚBLICA**  
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN
- [221] **XI. URBANISMO**  
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN
- [225] **XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL**  
A. EMBID IRUJO
- [239] **XIII. MEDIO AMBIENTE**  
A. EMBID IRUJO
- [253] **XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**  
J. TORNOS MAS
- [271] **XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD**  
I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA
- [283] **XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**  
G. FERNÁNDEZ FARRERES

### [301] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS



# Consideraciones sobre el Informe para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público

BELÉN MARINA JALVO

Profesora de Derecho Administrativo  
Universidad de Alcalá

## Sumario:

**I. Sobre la Comisión encargada del estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público.** **II. Razones para la elaboración de un Estatuto Básico del Empleado Público.** **III. Alcance, contenido y ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público.** **IV. Clases de empleados públicos.** A) Funcionarios públicos. B) Empleados con contrato laboral. C) Personal eventual. D) Directivos. **V. Planificación de recursos humanos y algunos instrumentos de gestión del personal.** **VI. Estructura del empleo público y ordenación de la actividad.** **VII. Acceso al empleo público.** A) Consideraciones generales. B) Principios generales del acceso. C) Requisitos de acceso. D) Órganos de selección. Organización del proceso selectivo. E) Sistemas selectivos. **VIII. La promoción profesional de los empleados públicos.** A) Significado de la promoción profesional en el empleo público y situación actual de la carrera de los funcionarios públicos. B) Un nuevo concepto de carrera administrativa. C) La evaluación del desempeño. D) Promoción profesional del personal laboral. E) La promoción interna. F) Formación y perfeccionamiento permanente de los empleados públicos. **IX. Provisión de puestos de trabajo y movilidad de los funcionarios.** A) Situación actual de la materia. B) Necesidad de una nueva regulación del sistema de provisión de puestos de trabajo. C) Movilidad interna de los funcionarios públicos. D) Movilidad interadministrativa. E) Asignación de puestos y funciones y movilidad del personal laboral. **X. Situaciones administrativas de los empleados públicos.** A) Estado actual del régimen de situaciones

administrativas y propuestas de regulación básica. B) Situación de servicios especiales. C) Excedencia por servicios en el sector público. **XI. La extinción de la relación de empleo público.** A) Causas de extinción de la relación de servicio de los empleados públicos y reglas complementarias de jubilación. B) Las peculiaridades del despido en el ámbito del empleo público. **XII. Derechos básicos de los empleados públicos. XIII. El sistema retributivo.** A) Disfunciones y carencias del actual sistema de retribuciones. B) Otra manera de determinar los incrementos de las retribuciones. C) Retribuciones básicas. D) Retribuciones complementarias. E) Especial consideración del complemento de productividad. F) Las retribuciones del personal laboral. **XIV. Representación, participación y negociación colectiva de los empleados públicos.** A) Peculiaridades del régimen de empleo público. Necesidad de clarificación legal. B) Órganos de representación de los funcionarios públicos. C) La negociación colectiva de los funcionarios públicos. Principios generales. D) Sujetos legitimados para negociar. a) Entidades competentes en el ámbito de la Administración Local. b) Posibilidad de creación de órganos técnicos especializados en la negociación colectiva. E) Estructura general de la negociación colectiva. La conveniencia de crear una Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas. F) El contenido de la negociación colectiva. G) Pactos, Acuerdos y negociación sobre proyectos de ley. H) Vigencia de los Acuerdos. Solución extrajudicial de conflictos surgidos en el proceso de negociación o en la aplicación de Pactos y Acuerdos. I) La negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas. J) Derecho de reunión. **XV. Código ético y deberes de los empleados públicos.** **XVI. El sistema de incompatibilidades.** A) La regulación de las incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. B) Incompatibilidad entre actividades públicas. C) Incompatibilidades en garantía de la imparcialidad. D) Incompatibilidad con otras actividades privadas. **XVII. Principios del régimen disciplinario.** A) Fundamento y principios básicos del régimen disciplinario. B) Principios sustantivos que deben incluirse en el Estatuto Básico. C) Previsión estatutaria de las sanciones disciplinarias. D) Agilización del procedimiento sancionador.

## Informe sobre el Estatuto Básico del Empleado Público

### I. SOBRE LA COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y PREPARACIÓN DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

El texto que será objeto de análisis en las líneas siguientes trae causa de la Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre, por la que se constituyó la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público. De conformidad con la Orden citada, se encargaba a la Comisión “(...) llevar a cabo los análisis y estudios previos así como la elaboración de un documento que sirva de base para la posterior elaboración del anteproyecto (...)” de dicho Estatuto. El día 25 de abril de 2005 se presentó el Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público<sup>1</sup>.

La citada Comisión, integrada por un selecto grupo de expertos<sup>2</sup> en empleo público, consciente de la importancia del consenso para el éxito de un proyecto como el que ha abordado, ha cuidado mucho la participación de los sujetos y sectores afectados por la elaboración de un futuro Estatuto Básico del Empleado Público. Para ello, la Comisión ha recibido y ha tenido en cuenta las observaciones formuladas por las Administraciones Públicas, entidades y organizaciones más representativas. Asimismo, se han organizado encuentros de trabajo con representantes de sectores afectados y Jornadas monográficas sobre las materias más relevantes para el Estatuto.

### II. RAZONES PARA LA ELABORACIÓN DE UN ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

Como es sabido, no es ésta la primera vez que se aborda seriamente la elaboración de un Estatuto Básico del Empleado Público. En 1999, fue presentado a las Cortes Generales un Proyecto de Ley que finalmente no llegó a tramitarse.

El artículo 103 CE remite a la ley la regulación del “(...) estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”. Siendo innegable el peso de este mandato constitucional aún pendiente de cumplimiento<sup>3</sup>, las previsiones constitucionales resultan rebasadas por la realidad actual del empleo en las Administraciones Públicas. Para empezar, si bien la Constitución contempla la regulación de un estatuto del “funcionario público”, junto a este colectivo, todas las Administraciones Públicas cuentan con un elevado número de contratados laborales. En consecuencia, sería un error que el Estatuto obviase esta realidad y desaprovechase la ocasión de establecer un conjunto de reglas y principios comunes a todos los empleados públicos, sin perjuicio de las especialidades propias de cada colectivo.

(1) El texto del Informe ha sido editado por el Ministerio de Administraciones Públicas.

(2) La Comisión, presidida por M. Sánchez Morón, ha estado integrada por los Vocales J.I. Cases Méndez, F.A. Castillo Blanco, A. Criado Herrero, F. Díaz de Liaño y Argüelles, C. Galindo Meño, P. Guillén Marina, R. Jiménez Asensio, F. Longo Martínez, J. Marchena Navarro, A. Olcese Santonja, L. Ortega Álvarez, S. del Rey Guanter, T. Sala Franco, S. Ugarte Alonso-Vega y V. Vigil-Escalera Pacheco.

(3) Vid. M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, *El estatuto de los funcionarios públicos*, Granada, 1997.

Además, la normativa vigente en materia de empleo público, integrada en parte por normas anteriores a la promulgación de la Constitución de 1978, arrastra importantes disfunciones y carencias, algunas inherentes a sus propias disposiciones, pero también otras muchas motivadas por su inadaptación a la realidad actual de las Administraciones Públicas y a la organización del trabajo en las mismas<sup>4</sup>. Así, la rigidez de algunas disposiciones normativas ha propiciado la proliferación de múltiples regímenes especiales aplicables a distintos colectivos de empleados. En otro orden de ideas debe resaltarse singularmente el proceso de descentralización administrativa derivado del desarrollo del modelo de organización territorial previsto por la Constitución, que ha determinado un considerable aumento de personal en las Administraciones autonómicas y locales.

En otro orden de consideraciones, las Administraciones Públicas necesitan un marco normativo del empleo público que les permita hacer frente a las nuevas demandas sociales y a una nueva cultura de gestión de los servicios públicos<sup>5</sup>.

Las circunstancias señaladas, esgrimidas por la Comisión y también ampliamente expuestas por la doctrina<sup>6</sup>, son suficientemente expresivas de la necesidad de una reforma que acomode la realidad normativa a las exigencias del empleo en las Administraciones Públicas. Si bien, conviene señalar que no todos los aspectos del régimen de empleo público precisan ser reformados. Buena prueba de ello es, como se dirá más adelante, que la Comisión aconseja que el Estatuto recoja muchos elementos de la regulación vigente. Por lo demás, la mejora del funcionamiento de las Administraciones Públicas no será viable con la sola aprobación de un texto legislativo único, sino que la aplicación del mismo habrá de acompañarse de legislación de desarrollo, de políticas y de medios adecuados.

### III. ALCANCE, CONTENIDO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

Ya hemos tenido ocasión de precisar que la reforma pretendida con la elaboración de un Estatuto Básico excede del simple cumplimiento del mandato del artículo 103.3 CE. Tampoco la reforma que nos ocupa ha de limitarse a refundir o simplificar la normativa

(4) Sobre la realidad del empleo público y las perspectivas de cambio en la Administración Pública española, vid. F.A. CASTILLO BLANCO (Coord.), *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Granada, 1998; B. MARINA JALVO y J. CANTERO MARTÍNEZ, "La función pública en la jurisprudencia", *Revista Justicia Administrativa*, núm. extraordinario, 2002; R. CATALA POLO, "La función pública española: características generales", en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La Administración Pública española*, Madrid, 2002, págs. 73 y ss., y M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, 4ª ed., Madrid, 2004.

(5) Sobre las líneas de trabajo y actuación de una nueva cultura de gestión de los servicios, vid. F.J. VELÁZQUEZ LÓPEZ, "La cultura de gestión de los servicios públicos", en AAVV, *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Madrid, 2004, págs. 115 y ss.

(6) Son muchos los trabajos en los que se ha reflexionado sobre la necesidad y los objetivos de la reforma apuntada. Entre otros, vid. F.A. CASTILLO BLANCO (Dir.), *Lecciones de Función Pública*, Granada, 2002; C. ROMÁN RIECHMANN; M. SÁNCHEZ MORÓN y F.J. VELÁZQUEZ LÓPEZ, "Líneas de reforma del empleo público", en AAVV, *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Madrid, 2004, págs. 479 y ss., y M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, 4ª. ed., Madrid, 2004.

vigente. Es evidente que debe aprovecharse la ocasión para llevar a cabo una reforma coordinada de todos los aspectos que lo precisen, si bien esto no impide que importantes instituciones del régimen actual de empleo público sean conservadas por el Estatuto.

Pero, en todo caso, es necesario reconsiderar el alcance de la legislación básica sobre empleo público. En este sentido, basta recordar que la Constitución (artículo 149.1.7 y 18) no determina el alcance de la legislación básica, y que el Tribunal Constitucional ha efectuado importantes puntualizaciones sobre el carácter básico de la normativa vigente<sup>7</sup>. Ahora bien, la reforma no se limitaría a reducir el alcance de la legislación básica, sino que configuraría el contenido y la extensión de la misma en función de los principios y valores esenciales al modelo de empleo público que el Estatuto habría de plasmar. Dicho esto, no se debe pasar por alto que se trata de una reforma de notable entidad, que no podrá llevarse a cabo sin un sólido consenso entre todas las partes implicadas.

El contenido del Estatuto Básico del Empleado Público debe inspirarse fundamentalmente en un conjunto de principios ordenadores, que han de condicionar también el desarrollo, así como la interpretación y aplicación judicial y administrativa de las normas estatutarias<sup>8</sup>. Entre dichos principios estructurales, que no deben confundirse con los derechos, deberes y principios éticos de los empleados, pueden distinguirse los principios de rango constitucional —que han de resultar reforzados por el Estatuto— de aquellos otros que careciendo estrictamen-

**LAS ADMINISTRACIONES  
NECESITAN UN MARCO  
NORMATIVO DEL EMPLEO  
PÚBLICO QUE LES  
PERMITA HACER FRENTE  
A LAS NUEVAS DEMANDAS  
SOCIALES ASÍ COMO  
A LA GESTIÓN DE LOS  
DISTINTOS SERVICIOS**

(7) Tal como previene la Constitución, corresponde al Estado la determinación de las bases del régimen estatutario de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas (SSTC 57/1982, de 27 de julio; 85/1985, de 10 de julio; 235/1991, de 12 de diciembre, y 385/1993, de 23 de diciembre). Sin embargo, la articulación de esta competencia estatal con las correspondientes competencias autonómicas para el desarrollo normativo de dicha legislación básica dista de ser una cuestión resuelta, tal como ha ido poniendo de manifiesto la jurisprudencia constitucional (vid. SSTC 207/1999, de 11 de noviembre y 37/2002, de 14 de febrero).

(8) Los principios ordenadores del Estatuto Básico del Empleado Público, que debe reflejar el texto del mismo, son los siguientes:

- “a) Servicio a los ciudadanos.
- b) Igualdad, mérito y capacidad en el acceso y en la promoción profesional.
- c) Sometimiento pleno a la ley y al Derecho.
- d) Objetividad e imparcialidad en el servicio.
- e) Eficacia en la previsión y gestión de los recursos humanos.
- f) Desarrollo y cualificación profesional permanente de los empleados públicos.
- g) Transparencia de la gestión.
- h) Jerarquía en la atribución, ordenación y desempeño de las funciones.
- i) Participación y negociación colectiva, a través de los representantes, en la determinación de las condiciones de empleo.
- j) Coordinación y cooperación entre las Administraciones Públicas en la regulación y gestión del sistema de empleo público.”

te de ese rango están relacionados con los primeros. En todo caso, la Comisión enfatiza singularmente la relevancia de los principios más expresivos de los objetivos perseguidos por el Estatuto, como la garantía de la igualdad básica de derechos y deberes de los empleados de todas las Administraciones Públicas; el mantenimiento y perfeccionamiento de las normas que facultan al Estado para el ejercicio de las competencias relativas a la política económica general y a la estabilidad presupuestaria; la actualización del modelo de relaciones de servicio y laborales en el empleo público; la facilitación de la interconexión de sistemas de empleo público de diferentes niveles de administración y la coordinación voluntaria de las políticas de empleo de las distintas Administraciones.

Sobre las bases expuestas, debe articularse un Estatuto de mínimos que garantice la igualdad normativa imprescindible en todo el ámbito del empleo público. No obstante, esta previsión es necesariamente compatible con la existencia de regímenes especiales y de peculiaridades propias de determinados colectivos de personal. Si bien, es preciso insistir, como hace la Comisión, en la necesidad de superar muchas de las diferencias de regímenes jurídicos que afectan a funcionarios y empleados laborales. El Estatuto ha de contemplar principios y normas de aplicación a todos los empleados públicos, sin perjuicio de las especialidades de cada colectivo exigidas por razones funcionales o de otro tipo. En este sentido, la Comisión ha resaltado la necesidad de que el Estatuto contemple las peculiaridades del personal de la Administración Local. Por otro lado, además de mantener algunos de los regímenes especiales vigentes, el Estatuto debería excluir de su ámbito de aplicación a determinados colectivos, ya sea por previsión constitucional ya sea por su singularidad misma, sin perjuicio de la posible aplicación supletoria de sus normas a estos colectivos.

Más allá de lo dicho, el Estatuto debe prever un grado oportuno de flexibilidad para la operatividad de sus disposiciones en un marco tan plural de Administraciones y Entidades Públicas y de relaciones de empleo como el nuestro. De lo contrario, el Estatuto correría el riesgo de incurrir en los mismos errores de rigidez que pretende corregir en la normativa vigente. A lo largo de las páginas siguientes habrá ocasión de comprobar cómo una de las notas características de las propuestas de la Comisión es que muchas de las previsiones del Estatuto puedan ser acogidas libremente por la normativa de desarrollo o por las Administraciones correspondientes.

#### **IV. CLASES DE EMPLEADOS PÚBLICOS**

Es un hecho incontestable el uso desnaturalizado que en la práctica vienen haciendo las Administraciones Públicas de las diversas categorías de empleados públicos.

Para empezar, la distinción básica entre personal funcionario y personal laboral no siempre responde a razones funcionales, pues en muchos casos se aplica indistintamente a empleados que realizan un mismo tipo de funciones. En consecuencia, se aplican regímenes distintos a cada uno de estos colectivos sin un fundamento objetivo, perjudicando

el clima laboral y la eficacia en la prestación de los servicios. Para acabar con esta práctica, resulta imprescindible delimitar con la mayor claridad posible las funciones propias de cada uno de los colectivos de personal (funcionario y laboral), aplicando un régimen esencialmente idéntico a quienes realizan un mismo tipo de funciones<sup>9</sup>.

Otro de los problemas que afectan a determinados tipos de empleados es el de la excesiva temporalidad en el empleo público. Ciertamente, en tanto que determinadas funciones no puedan ser desempeñadas transitoriamente por funcionarios de carrera o por contratados laborales fijos o existan situaciones de extraordinaria necesidad que deban ser atendidas con urgencia, es preciso acudir al nombramiento de funcionarios interinos o la contratación temporal de personal laboral. Por ello, el Estatuto debe contemplar la posibilidad de nombrar o contratar el personal necesario para atender este tipo de situaciones, disponiendo que la selección del mismo combine el respeto de los principios generales del acceso al empleo público con la debida agilidad del proceso selectivo.

Ahora bien, tal como revela el Informe de la Comisión<sup>10</sup>, en muchas ocasiones, la temporalidad en el empleo público resulta ficticia, pues es habitual que los funcionarios interinos ocupen un puesto de forma indefinida o que se acuda a la contratación temporal para la realización de tareas de carácter permanente. La superación de esta situación requeriría, como paso previo, la adopción de medidas estratégicas como las propuestas por la Comisión, tales como una buena planificación del personal, un uso adecuado de los instrumentos de ordenación y gestión del personal, la supresión de límites a la asunción del personal fijo de plantilla –derivados de la tasa de reposición de efectivos impuesta por las últimas Leyes Generales de Presupuestos del Estado– y mayor agilidad en la tramitación de procesos selectivos. Sin perjuicio de estas medidas que pretenden combatir las causas de fondo de la temporalidad en el empleo público, el mantenimiento indefinido de supuestos de empleo temporal puede corregirse con soluciones más inmediatas. En este sentido, finalizada la situación transitoria o desaparecida la circunstancia extraordinaria determinante del nombramiento interino o de la contratación, la Comisión propone que el titular del órgano competente en cada caso emita informe jurídico preceptivo sobre la imposibilidad legal de prórroga del nombramiento o contrato en cuestión. De este modo, en caso de prolongación injustificada de la relación de servicio o laboral, el titular del órgano de contratación asume personalmente la responsabilidad (disciplinaria, patrimonial o penal) que proceda en aplicación de la legislación vigente.

Tampoco el recurso a las figuras de personal eventual o de confianza política o personal responde habitualmente al sentido propio de esta categoría de personal<sup>11</sup>. Lejos de hacer

(9) Para un estudio más detallado de lo expuesto en el texto, vid. M. SÁNCHEZ MORÓN, “El régimen jurídico del personal al servicio de la Administración Pública (Régimen estatutario y laboralización)”, en AAVV, *Derecho Público y Derecho Privado en la actuación de la Administración Pública*, Madrid, 1999, págs. 71 y ss.

(10) Vid., también, el Informe del Defensor del Pueblo denominado “Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público”, 2003, así como el Informe del Consejo Económico y Social sobre “La temporalidad en el empleo en el sector público”, 2004.

(11) La jurisprudencia ha insistido en la estricta razón de confianza personal o política que legitima el recurso a este tipo de personal. Vid. STSJ de Extremadura de 2 de marzo de 1999 (Ar. 677) y STJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 12 de noviembre de 2001 (Ar. 440).

un uso excepcional de estas categorías, con frecuencia las Administraciones Públicas recurren a este tipo de personal para el desempeño de tareas gerenciales o de dirección administrativa que pueden ser atendidas por otro tipo de empleados públicos. De hecho, las tareas mencionadas se encomiendan otras veces a personal contratado en régimen laboral de alta dirección, a puestos de libre designación o a funcionarios en situación de servicios especiales. Por lo demás, esta circunstancia viene a poner de manifiesto la necesidad de reconocer y regular claramente la figura de los directivos.

Partiendo de la realidad constatada, la Comisión considera que el Estatuto debería recoger la siguiente tipología de empleados públicos:

- Funcionarios públicos, de carrera o de carácter temporal.
- Personal laboral, fijo o temporal.
- Personal eventual.
- Personal directivo.

La clasificación propuesta por la Comisión no presenta una correspondencia absoluta con la actual tipología de empleados públicos. Además de añadir una nueva categoría, la del personal directivo, contempla separadamente al personal eventual, que hasta ahora viene incluyéndose en la categoría de funcionarios de empleo<sup>12</sup>.

En todo caso, conviene matizar que las Administraciones Públicas no están obligadas a disponer necesariamente de todas y cada una de las categorías de empleados señaladas.

### **A) Funcionarios públicos**

Como ya se ha avanzado más atrás, en la medida de lo posible, debe aplicarse un mismo régimen jurídico a todos aquellos empleados públicos que realicen idénticas funciones. A tal efecto, es preciso delimitar con carácter previo las funciones propias de los funcionarios y las que pueden ser desempeñadas por el personal laboral. Si bien esta tarea no resulta sencilla, bastaría con que el Estatuto –siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea– previese la reserva a los funcionarios públicos de las funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas, así como las relativas a la salvaguarda de los intereses generales del Estado y demás entidades públicas. Hecha esta precisión por el Estatuto, correspondería a las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas detallar las funciones y los puestos propios de funcionarios y de personal laboral. Lógicamente, tal como se ocupa de advertir la Comisión, esta previsión no alteraría de forma inmediata el reparto actual de puestos

(12) Vid. artículos 3 LFCE y 20.2 LMRFP.

de trabajo entre funcionarios y personal laboral existente en cada una de las Administraciones Públicas. La necesaria delimitación de funciones típicas de funcionarios y de empleados laborales constituye una solución de futuro, que iría precedida de las oportunas medidas de transitoriedad.

Por otra parte, debe resaltarse también la propuesta de la Comisión en el sentido de que las funciones reservadas a los funcionarios públicos puedan ser desarrolladas a tiempo parcial o admitan otras modalidades de prestación.

### **B) Empleados con contrato laboral**

La coexistencia sólidamente arraigada en las Administraciones Públicas del empleo laboral con la relación de servicio estatutaria exige evitar toda discriminación injustificada entre ambos colectivos de personal y, en consecuencia, eliminar contradicciones carentes de sentido entre el ordenamiento laboral y el ordenamiento administrativo<sup>13</sup>. Bien entendido que no es posible obviar los matices propios que la contratación laboral reviste en el ámbito de las Administraciones Públicas. Por tanto, junto con las reglas de aplicación general al conjunto de los empleados públicos, el Estatuto ha de regular las particularidades de la relación laboral especial de empleo público, prestando especial atención a las relativas a la contratación, promoción interna, derechos y deberes básicos, negociación colectiva y extinción de la relación laboral<sup>14</sup>. Todo ello, sin perjuicio de la aplicación subsidiaria de la legislación laboral.

En razón de lo anterior, resulta lógico que el Estatuto contemple la posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan hacer uso de las distintas modalidades contractuales previstas por la normativa laboral, siempre que la contratación sea conforme a los principios constitucionales, al orden jurídico, al principio de buena administración y al interés general. En caso contrario, será nulo cualquier contrato que ignore las prohibiciones y principios mencionados.

**EN LA ADMINISTRACIÓN  
SE PUEDE HACER USO  
DE LAS DISTINTAS  
MODALIDADES  
CONTRACTUALES  
PREVISTAS POR  
LA NORMATIVA  
LABORAL SIEMPRE  
QUE SE RESPETEN LA  
CONSTITUCIÓN, EL ORDEN  
JURÍDICO Y EL INTERÉS  
GENERAL**

(13) Vid. M. LÓPEZ BENÍTEZ, *El contrato de trabajo en las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, y J.M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995.

(14) J. CANTERO MARTÍNEZ ha estudiado en profundidad las consecuencias derivadas de la convivencia en las Administraciones Públicas de funcionarios y contratados laborales y, muy especialmente, ha puesto de manifiesto los matices que esta realidad ha impuesto en la configuración del régimen estatutario y en la aplicación del Derecho del Trabajo a los empleados públicos. Vid. *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*, Madrid, 2001.

### C) Personal eventual

Dado el uso abusivo que las Administraciones han venido haciendo de este tipo de personal, es lógico que la Comisión insista en la necesidad de respetar el carácter excepcional del mismo, para el desempeño de funciones expresamente calificadas por las leyes de confianza política<sup>15</sup>. Precisamente en atención a la razón de estricta confianza política que inspira el nombramiento del personal eventual, la Comisión deja de incluir a este colectivo entre los funcionarios de carácter temporal para considerarlos como una categoría distinta de empleados públicos.

Tal como ya dispone la legislación vigente, el personal eventual deberá cesar automáticamente cuando cese la autoridad a la que presta confianza, sin que el desempeño de tareas de esta naturaleza pueda constituir mérito alguno para el acceso al empleo público o para la promoción en el mismo. Entre otros aspectos a contemplar por el Estatuto, la garantía de la transparencia que debe rodear la presencia de este tipo de empleados en las organizaciones públicas aconseja seguir la recomendación de la Comisión en el sentido de obligar a las Administraciones a proporcionar información periódica sobre el número de puestos de personal eventual del que disponen, sobre las funciones que desempeñan y los órganos en que prestan sus servicios, sobre las retribuciones globales que perciban y sobre las variaciones que se produzcan al respecto.

### D) Directivos

El objetivo de reforma y modernización administrativa perseguido por el Estatuto Básico del Empleado Público requiere, entre otras cosas, la institucionalización de la figura de los directivos<sup>16</sup> que, de algún modo, ha sido ya esbozada por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Modernización del Gobierno Local.

Puesto que el Estatuto ha de ser una norma de mínimos, a juicio de la Comisión, éste debería limitarse a recoger la citada figura como una clase más de personal, y no un nuevo Cuerpo, remitiendo a un estatuto específico y a las correspondientes normas del Estado y de las Comunidades Autónomas la regulación de sus funciones y condiciones de trabajo, con advertencia expresa de que dichas cuestiones deben quedar excluidas de la negociación colectiva, puesto que, en condiciones normales, corresponderá a estos empleados representar a la Administración en dicha negociación.

(15) El artículo 20.2 LMRFP también contempla entre las funciones propias del personal eventual las de “asesoramiento especial”.

(16) R. JIMÉNEZ ASENSIO ha realizado un completísimo estudio sobre los presupuestos constitucionales de la función directiva de las Administraciones Públicas, sobre el sistema de directivos en la Administración española, así como sobre los elementos para un cambio en la función directiva profesional, vid. *Altos Cargos y Directivos Públicos*, 2ª ed., Oñati, 1998.

También sobre la función pública directiva en el ordenamiento y en la Administración española, vid. L.F. CRESPO MONTES, *Mitos y ritos de la Administración española ...*, op. cit., pág. 375.

Por su parte, el Estatuto del directivo público debería contemplar el acceso a dicho grupo profesional, condicionando el mismo a la posesión de una cualificación profesional contrastada. Esta exigencia no excluiría la posibilidad de que el nombramiento de los directivos atendiese también a razones de confianza, pero, en todo caso, dicho elemento debe concurrir con la acreditación de determinados requisitos de mérito y capacidad.

Asimismo, tal como señala la Comisión, la legislación de desarrollo habría de determinar las competencias propias del personal directivo, que no deben confundirse con las funciones propias de los altos cargos de naturaleza política ni las de los funcionarios de carrera de los niveles superiores.

Igualmente necesaria resulta la previsión normativa del régimen de control por los órganos superiores de los resultados de gestión logrados por los directivos. Puesto que el Informe de la Comisión propone como una de las ideas fuerza de la reforma del empleo público la evaluación del desempeño del puesto de trabajo, es evidente que el rendimiento de los directivos no puede quedar exento de valoración. Consecuentemente, parte de las retribuciones de este colectivo resultarían vinculadas a los resultados de su gestión.

El bloque normativo resultante de todo lo dicho permitiría acabar con la situación actual que, en ausencia de regulación específica de las condiciones de trabajo de los directivos, lleva a las Administraciones Públicas a aplicar a éstos el régimen previsto para el personal eventual, para el personal funcionario de niveles superiores o para el personal contratado de alta dirección.

### V. PLANIFICACIÓN DE RECURSOS HUMANOS Y ALGUNOS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DEL PERSONAL

No cabe desconocer la directa relación de causalidad que existe entre los instrumentos de ordenación y gestión de recursos humanos y la prestación eficaz y eficiente de servicios públicos. En consecuencia, el Estatuto no puede dejar de dotar a las Administraciones Públicas y a sus gestores de los instrumentos adecuados de planificación y gestión de los recursos humanos.

Hasta la fecha, la limitada regulación que la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, ha hecho de los planes de empleo, ha sido objeto de muy escasa aplicación práctica<sup>17</sup>. Lo mismo ocurre con los instrumentos de gestión de recursos humanos previstos por la LMRFP<sup>18</sup>.

Por ello, habida cuenta del carácter imprescindible de la planificación de recursos humanos para optimizar el volumen y la distribución del personal, es necesario que esta técnica

(17) Sobre la reforma prevista por esta norma, vid. I. MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, *El ocaso de la función pública española: la reforma del régimen jurídico funcional de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre*, Madrid, 1995.

(18) Vid. artículos 13 a 18 de la LMRFP.

se introduzca y se consolide en las normas y en la práctica administrativa. A juicio de la Comisión, bastaría con que el Estatuto estableciese las normas mínimas para la correcta coordinación entre las distintas Administraciones Públicas, pudiendo señalar en términos orientativos algunas de las previsiones y medidas propias de los planes (por ejemplo, la reasignación de efectivos). En todo caso, la plena eficacia de los instrumentos citados requiere que las exigencias de gestión resulten plasmadas en la regulación de cada una de las piezas del sistema de empleo público. Partiendo de las previsiones estatutarias mencionadas, la diversidad de necesidades de planificación, de ordenación del personal y de organización del trabajo en cada Administración Pública serían atendidas por las correspondientes leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Respecto de la oferta de empleo público, el Estatuto podría limitarse a disponer que ésta debe contemplar las vacantes que vayan a ser cubiertas mediante la incorporación de nuevo personal con carácter indefinido, y la obligatoria publicación de la misma en los Diarios Oficiales correspondientes, de la que deriva la obligación de convocar las pruebas selectivas que procedan en cada caso.

En cuanto a las relaciones de puestos de trabajo, a juicio de la Comisión no resultan útiles ni necesarias en todas las Administraciones<sup>19</sup>, pues lo realmente imprescindible es que en todas ellas exista un instrumento de ordenación global de la estructura de puestos. En sintonía con su propuesta de flexibilidad y de diseño de organizaciones más planas, con predominio de puestos de trabajo tipo o genéricos, la Comisión considera más conveniente que el contenido funcional de cada uno de los puestos de trabajo se lleve a cabo mediante otro instrumento interno carente de naturaleza jurídica.

Como es lógico, el Estatuto debe contemplar los Registros de Personal, donde han de inscribirse todos los empleados públicos. No obstante, la Comisión propone que mediante Convenio Sectorial o Acuerdo de la Comisión de Coordinación de Empleo público se fijen una serie de reglas comunes relativas a los datos objeto de inscripción, al acceso y al uso de los mismos, que habrán de ser respetadas por la legislación de desarrollo aplicable a cada una de las Administraciones.

Ahora bien, la planificación estratégica no podrá implantarse efectivamente ni será posible desarrollar una adecuada política de personal si las Administraciones no disponen de amplia información sobre la situación del sistema de empleo público. En este sentido, la Comisión pone especial acento en la conveniencia de que el Estatuto impulse la implantación general de sistemas informáticos integrados de gestión de recursos humanos, como factor de modernización de las Administraciones. Además, la Comisión también propone que el Estatuto disponga la creación de un centro encargado de recoger, analizar y proporcionar a gobernantes, administradores y al público la información relevante en materia de empleo público. Se trataría de un órgano con vinculación funcional a la Conferencia

(19) Vid. algunas consideraciones sobre la realidad actual de las relaciones de puestos de trabajo en L.F. CRESPO MONTES, *Mitos y ritos de la Administración española...*, op. cit., págs. 429 y ss.

Sectorial de Administración pública, con participación de las Comunidades Autónomas y de las Administraciones locales, que podría denominarse “Observatorio de Empleo Público” (éste es el término utilizado por la *Declaración para el Diálogo Social en las Administraciones Públicas*).

### VI. ESTRUCTURA DEL EMPLEO PÚBLICO Y ORDENACIÓN DE LA ACTIVIDAD

En nuestra estructura de empleo público se combinan dos elementos básicos como son, por un lado, cuerpos, escalas, clases y categorías, y por otro lado, el puesto de trabajo<sup>20</sup>. Sin embargo, no existe una simbiosis perfecta entre los elementos señalados. La ordenación en cuerpos o escalas tiene presencia y relevancia muy distintas en cada Administración y varía sustancialmente de unos colectivos a otros de empleados públicos. Tampoco la legislación vigente define con claridad el significado del puesto de trabajo ni cómo dicho elemento debe insertarse en la estructura de cuerpos, escalas, clases y categorías. Esta situación causa disfunciones en la gestión de recursos humanos que el Estatuto no podría obviar.

Al respecto, la Comisión entiende que el puesto de trabajo debe ocupar un protagonismo principal en la estructura del empleo público, pues cumple funciones imprescindibles desde el acceso al empleo público hasta las más importantes tareas que comporta la gestión de recursos humanos. Todas las Administraciones Públicas necesitan definir sus puestos de trabajo como tarea previa para la organización de sus tareas. Tal como ya se ha dicho, resulta igualmente imprescindible que las Administraciones dispongan de instrumentos globales de ordenación de sus puestos de trabajo.

Incluso, en determinadas ocasiones, las Administraciones necesitarán también efectuar agrupaciones (cuerpos, escalas, clases, especialidades, etc.) de puestos de trabajo por exigencias de la selección de empleados, de movilidad funcional u otras de planificación y gestión del empleo público.

En consecuencia, a juicio de la Comisión, el Estatuto debería hacerse eco de la centralidad del puesto de trabajo, en su sig-

**EN OCASIONES SE  
NECESITARÁN EFECTUAR  
AGRUPACIONES DE  
PUESTOS DE TRABAJO  
POR EXIGENCIAS  
DE SELECCIÓN, DE  
MOVILIDAD FUNCIONAL  
O DE PLANIFICACIÓN DEL  
EMPLEO PÚBLICO**

(20) Vid. R. VICENTE DOMINGO, *El puesto de trabajo en el derecho de la función pública*, Valencia, 1997.

nificado de conjunto de tareas, funciones y responsabilidades atribuidas a cada empleado público. El carácter abierto de las aportaciones que en este ámbito hace la Comisión se deja notar especialmente en la flexibilidad aconsejada para la definición de cada puesto de trabajo, que debería realizarse por referencia a su contenido funcional, a su ubicación en la estructura organizativa, a las competencias requeridas para su desempeño y a otras características. Sin embargo, precisamente en aras de la flexibilidad mencionada, no hay razón para aplicar en todas las Administraciones la clasificación de los puestos de trabajo en treinta niveles.

Cuestión distinta es la opción que cada Administración elija en cuanto al documento que establezca los requisitos y consecuencias del desempeño de cada puesto de trabajo. Aquí, como ya se ha avanzado más atrás, no se impone el recurso necesario en todo caso a la relación de puestos de trabajo. Por el contrario, cada Administración podrá adoptar el instrumento de ordenación global que considere más adecuado a sus circunstancias, en ejercicio de su potestad organizativa y de conformidad con la legislación que resulte aplicable.

En definitiva, aquí como en tantos otros aspectos, la Comisión efectúa una propuesta de flexibilidad en la ordenación de la estructura de empleo en las Administraciones Públicas. Sin perjuicio de insistir una vez más en la centralidad del puesto de trabajo, debe quedar claro que, precisamente por razones de flexibilidad, el Estatuto debe remitirse a las leyes estatales o autonómicas para que éstas dispongan la creación, modificación o supresión de cuerpos, escalas, grupos, áreas funcionales o sectores de empleo público que resulten adecuados a la estructura de cada Administración. Asimismo, el Estatuto dejaría la puerta abierta a la posibilidad de que las Administraciones Públicas pudieran establecer grupos profesionales entre el personal laboral.

Por otro lado, la organización del empleo en la Administración debe seguir contando con la estructura de grupos profesionales. La Comisión considera conveniente que el Estatuto contemple la clasificación de empleados –funcionarios y laborales– según su nivel de titulación académica. Si bien, en este sentido, es preciso que dicha clasificación se adapte a la estructura actual del sistema educativo, así como a las nuevas titulaciones universitarias que resulten del proceso de homologación derivado de las exigencias de implantación del espacio europeo de educación superior<sup>21</sup>.

## VII. ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

### A) Consideraciones generales

Sin duda alguna, el acceso al empleo en las Administraciones Públicas constituye un elemento central del sistema de empleo público. Ello es así, entre otras razones, por un lado,

(21) Según la Comisión, el Estatuto debería contemplar un grupo relativo a la enseñanza secundaria obligatoria y otro relativo a la titulación de bachillerato o equivalente. Asimismo, aunque todavía no se ha implantado el nuevo sistema de titulaciones universitarias, el criterio de la Comisión es que el Estatuto cree dos grupos, o un grupo dividido en dos subgrupos, en función del número de créditos exigidos en cada caso, incluyendo en el grupo superior las titulaciones de posgrado.

porque de la selección del personal más preparado depende la eficacia y la calidad de la prestación de los servicios públicos. Por otro lado, porque debe garantizarse que los ciudadanos puedan acceder en condiciones de igualdad a conjunto de empleos de carácter privilegiado.

Sin embargo, a pesar de los avances normativos y jurisprudenciales, los principios de igualdad, mérito y capacidad no rigen de manera absoluta en la totalidad de procesos selectivos desarrollados por las distintas Administraciones Públicas. En ocasiones, se acude a la contratación temporal como alternativa más cómoda para la relajación de los principios de acceso al empleo público. Otras veces, la excusa para evadir los requisitos de igualdad, mérito y capacidad es la consolidación del empleo temporal<sup>22</sup>. Pero, es evidente que el falseamiento de los principios de acceso al empleo público no ocasiona sino graves disfunciones para el sistema de empleo público en su conjunto. Si bien es cierto que debe combatirse la precariedad en el empleo y que la contratación laboral es absolutamente legítima en el ámbito público, en este mismo trabajo se han expuesto ya cuáles son las medidas adecuadas para afrontar la temporalidad del trabajo, así como los criterios para determinar qué puestos deben ser ocupados por funcionarios y qué otros pueden ser desempeñados por contratados laborales.

### **B) Principios generales del acceso**

Habida cuenta de la trascendencia de la correcta ordenación del acceso al empleo público, resulta incuestionable que el Estatuto fije claramente los principios y garantías que han de regir la selección de todo el personal al servicio de las Administraciones y entidades públicas. Ahora bien, puesto que la selección del personal no se plantea en condiciones homogéneas en todo el ámbito público, la regulación que el Estatuto lleve a cabo no ha de estar exenta de la flexibilidad requerida por las distintas situaciones. Además, no conviene olvidar que la rigidez de los procesos selectivos puede propiciar la huida de los principios del acceso al empleo público.

Los principios generales de acceso que la Comisión considera que deben ordenar la selección de todos los empleados públicos han sido perfilados en su práctica totalidad por la normativa vigente y por la jurisprudencia. En esencia, como es sabido, los principios rectores del acceso al empleo público se orientan a la garantía última de la igualdad, mérito y capacidad de los aspirantes<sup>23</sup>, de la profesionalidad e imparcialidad de los órganos

(22) Al respecto, vid. F. PUERTA SEGUIDO, *La consolidación del empleo público precario*, Valladolid, 2003.

(23) Vid. M. PULIDO QUECEDO, *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Madrid, 1992, y M. SÁNCHEZ MORÓN, "Artículo 23.2. El derecho a acceder a funciones y cargos públicos", en AAVV, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1996.

de selección, y de la eficacia y agilidad de los procesos selectivos. Pese a ello, es evidente que el Estatuto no podría dejar de contemplar expresamente tales principios<sup>24</sup>.

### C) Requisitos de acceso

Continuando con nuestra tradición normativa, el Estatuto debería recoger los requisitos generales para el acceso al empleo público. En este sentido, la propuesta de la Comisión contiene puntualizaciones y medidas de actualización del catálogo de requisitos para el acceso<sup>25</sup>. Entre otras novedades, pueden destacarse las relativas a la nacionalidad. Además de hacer mención expresa de que los nacionales de la Unión Europea puedan acceder a nuestra función pública —sin perjuicio de las excepciones legalmente previstas—, la Comisión propone que el Estatuto contemple la posibilidad de admitir, por ley, el acceso de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea a funciones que ahora tienen vedadas. Por otro lado, respecto de los ciudadanos extracomunitarios, que actualmente pueden ya ocupar puestos de carácter laboral, considera también la Comisión que el Estatuto prevea la posibilidad de que la ley, por razones justificadas de interés público, permita el acceso de ciudadanos extracomunitarios a puestos reservados a funcionarios, sin necesidad de que en sus países de origen se aplique recíprocamente esta regla a los nacionales españoles.

(24) Los principios que el Estatuto debe destacar son los siguientes:

- “— Publicidad, entendiéndose por tal la difusión efectiva de las convocatorias en unas condiciones que permitan su conocimiento por la totalidad de los candidatos potenciales.
- Libre concurrencia e igualdad, de acuerdo con los requisitos generales de acceso al empleo público y con los requerimientos propios del perfil que corresponde al contenido funcional del puesto o grupo profesional correspondiente.
- Mérito y capacidad, que supone la elección del mejor o los mejores candidatos.
- Transparencia en la gestión del proceso y en el funcionamiento de los órganos de selección, sin perjuicio del carácter reservado de sus deliberaciones.
- Especialización y profesionalidad de las personas encargadas de resolver los procedimientos de acceso.
- Garantía de la independencia del órgano de selección y de la imparcialidad de cada uno de sus miembros individualmente considerados.
- Fiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad de los aspirantes, teniendo en cuenta su adecuación para evaluar las competencias que formen parte del perfil de idoneidad previamente definido.
- Eficacia de los procesos de selección para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil correspondiente.
- Eficiencia y agilidad de los procesos de selección, sin perjuicio del respeto de todas y cada una de las garantías que deben caracterizar el proceso.”

(25) Además de los requisitos de acceso que son objeto de comentario en el texto, la Comisión ha propuesto otros principios que debería establecer el Estatuto, relativos a las aptitudes físicas, a la titulación académica y al conocimiento de lenguas cooficiales exigibles a los aspirantes.

Podrán exigirse las aptitudes físicas necesarias para el desempeño de las funciones de que se trate. Si bien, todas las Administraciones deben reservar al menos un 5 por 100 del total de las plazas que convoquen anualmente para el acceso de discapacitados.

Los aspirantes deberán estar en posesión de la titulación académica requerida en cada caso, en función de los grupos de titulación y del perfil de las funciones a desempeñar.

Cabrá la posibilidad de exigir el conocimiento de lenguas cooficiales en las Comunidades Autónomas que las tengan y de conformidad con la legislación lingüística aplicable, así como el conocimiento de lenguas extranjeras para el desempeño de determinados puestos de trabajo.

Asimismo, la edad mínima para el acceso a los empleos públicos se hace coincidir con la edad mínima laboral de dieciséis años, pues, realmente, no existe razón de peso para fijar una edad distinta en el ámbito que nos ocupa. Pero también se determina que “sólo por ley y en virtud de causa justificada” pueda establecerse una edad máxima para el acceso. No podría ser de otro modo, puesto que la jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que la fijación de un tope de edad debe responder a razones objetivas derivadas de la especial capacidad física que pueda requerir el desempeño de determinados puestos de trabajo<sup>26</sup>. Por lo demás, entre las previsiones que a juicio de la Comisión debería efectuar el Estatuto en esta materia, a modo de cláusula general se señala que no podrá exigirse para el acceso ningún requisito específico “(...) que no guarde relación objetiva y proporcionada con las funciones a desempeñar y no se establezca de manera abstracta y general”.

En cuanto al requisito de no haber sido separado del servicio previamente, la Comisión opta por suprimir el carácter perpetuo de este impedimento, mostrándose favorable a que el plazo máximo del mismo se haga coincidir con la duración de las penas de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos reguladas por el Código Penal. En este punto, la propuesta de la Comisión parece apartarse de algunas previsiones legales vigentes<sup>27</sup>, que contemplan la posibilidad de rehabilitación de determinados colectivos de funcionarios públicos separados del servicio, una vez cumplidas las penas de inhabilitación, en su caso, y mediante el oportuno expediente.

### D) Órganos de selección. Organización del proceso selectivo

De nada serviría la previsión normativa del conjunto de principios y derechos que deben rodear la selección de los empleados públicos, si aquéllos no resultasen plenamente garantizados en el desarrollo de los procesos selectivos. Por ello, es imprescindible que los distintos sujetos intervinientes en tales procesos reúnan condiciones óptimas de especialización, imparcialidad

**LA EDAD MÍNIMA  
NECESARIA PARA ACCEDER  
A LOS EMPLEOS PÚBLICOS  
SE HACE COINCIDIR CON  
LA EDAD MÍNIMA EXIGIBLE  
EN EL ÁMBITO LABORAL,  
ES DECIR, DIECISÉIS AÑOS**

(26) Entre otras, vid. SSTSJ de Cataluña de 7 de abril de 2000 (Ar. 788) y de Navarra de 15 de junio de 2000 (Ar. 1478).

(27) Éste es el caso del artículo 152.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local; del artículo 47 del Real Decreto 249/1996, de 16 de febrero, que aprueba el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de oficiales, Auxiliares y Agentes al servicio de la Administración de Justicia; del artículo 71 del Real Decreto 296/1996, de 23 de febrero, que aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses, y del Real Decreto 2669/1998, de 11 de diciembre, que aprueba el procedimiento a seguir para la rehabilitación de los funcionarios públicos en el ámbito de la Administración General del Estado.

y profesionalidad<sup>28</sup>. Sin embargo, como es sabido, es habitual que formen parte de los órganos de selección miembros o representantes de partidos políticos<sup>29</sup>, de sindicatos o de otras organizaciones. Se trata de una realidad muy arraigada, que casa mal con el carácter “exclusivamente técnico” que ha de caracterizar la composición de los órganos de selección<sup>30</sup> y que no puede justificarse desde ningún otro punto de vista. A diferencia de la flexibilidad que se advierte en otros aspectos, en este caso, la garantía del derecho fundamental del artículo 23.2 CE exige que el Estatuto se pronuncie con rigor al respecto. Por ello, la Comisión se ha pronunciado de forma clara y contundente sobre la necesidad de excluir de los órganos de selección a toda persona que por razón de cualquier interés político o corporativo pueda poner en riesgo la independencia de tales órganos. En concreto, debería excluirse la presencia en los órganos de selección del personal de elección o designación política, incluido el personal eventual, de los representantes de los sindicatos, de órganos unitarios de representación del personal o de asociaciones con funciones representativas de los empleados públicos, de personas que hayan intervenido en la preparación de los candidatos o de cualquier afectado por causa de abstención o recusación.

Más allá de la composición de los órganos de selección, la plena efectividad de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público exige, tal como plantea la Comisión, la creación de órganos estables e independientes encargados de la organización de los procesos selectivos. Se trata de una propuesta muy interesante, avalada por algunos precedentes (entre los que se encuentra la Oficina de Selección del Personal de la Unión Europea), que permitiría a las Administraciones públicas disponer de órganos —no necesariamente dotados de personalidad jurídica— con funciones de estudio y propuesta en materia de selección, que, eventualmente, podrían incluso resolver las reclamaciones dirigidas contra las propuestas de los órganos de selección. Sin perjuicio de la conveniencia de este tipo de órganos en todas las Administraciones, por razones de orden competencial, la Comisión considera que el Estatuto debería limitarse a prever la dotación de los mismos en la Administración General del Estado y en las entidades dependientes o vinculadas a ella<sup>31</sup>.

## E) Sistemas selectivos

No es posible ignorar que la actual tipología de sistemas selectivos (oposición, concurso-oposición y concurso) adolece de ciertas rigideces y de falta de idoneidad para valorar

(28) Vid., en especial, artículos 11, 12 y 13 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, que aprueba el Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado.

(29) En particular, vid. F.A. CASTILLO BLANCO, *Acceso a la función pública local*, Granada, 1993.

(30) Esta anomalía es especialmente evidente en el ámbito de la Administración Local, donde la normativa aplicable (artículo 4 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio) permite que la composición de los órganos de selección sea sólo “predominantemente técnica”, de modo que la presidencia de los tribunales puede corresponder al Presidente de la Corporación o miembro de ésta en quien delegue aquél.

(31) Correspondería a la normativa de desarrollo la determinación de la composición, naturaleza y régimen jurídico de los actos de este tipo de órganos.

las capacidades de los aspirantes en relación con las funciones a desempeñar en caso de superar las pruebas. De ahí que la Comisión abogue por mayores dosis de flexibilidad en la configuración de las modalidades de selección, hasta el punto de estimar innecesaria la referencia expresa del Estatuto a los tres tipos de sistemas selectivos vigentes.

Los sistemas selectivos actuales deben ser reformados de manera que garanticen la competitividad real entre todos los posibles aspirantes a un empleo público, a cuyo efecto el Estatuto tendría que prohibir terminantemente la celebración de pruebas restringidas, con excepción de lo que pueda establecerse respecto de la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva para discapacitados. Ciertamente, este tipo de pruebas siempre se ha configurado con carácter excepcional en nuestro ordenamiento, si bien, en ocasiones, las Administraciones Públicas no han respetado el carácter extraordinario e irrepetible de las mismas<sup>32</sup>.

Salvando en primer lugar la exigencia de competitividad que debe imperar en todos los sistemas selectivos, éstos deben estructurarse de la manera más flexible y eficaz que en cada caso exija la selección de los candidatos más capacitados. Ahora bien, en todo caso, los procesos para la selección de empleados fijos (funcionarios y laborales) deben incluir una o varias pruebas de capacidad. Únicamente en supuestos extraordinarios previstos por una ley podrá sustituirse la prueba de capacidad por una valoración de méritos. A su vez, si se combinan pruebas de capacidad con valoraciones de méritos, especialmente cuando éstos sean relativos a la previa prestación de servicios en alguna Administración Pública, la referida valoración debe ser proporcionada, sin posibilidad de perjudicar la superación del proceso selectivo.

Sentado el carácter de regla general de las pruebas de capacidad, es en la configuración de las mismas donde la Comisión considera que el Estatuto debería contemplar un abanico flexible de posibilidades. Para empezar, se considera oportuno que el Estatuto prevea para los procesos selectivos que atraigan a un número muy elevado de aspirantes, y muy especialmente si se trata del acceso a puestos de los grupos de titulación inferior, una primera fase de preselección cuya superación permitiría participar en otra fase específicamente selectiva<sup>33</sup>. Incluso, apunta la Comisión, cabría reconocer a los candidatos que hayan supera-

(32) Al respecto, vid. SSTC 27/1991; 23/1998, de 27 de enero; 48/1998, de 2 de marzo; 85/1998, de 20 de abril, y STS 20 de marzo de 2001 (Ar. 2533).

(33) Un sistema similar al citado en el texto es el utilizado por la Oficina Europea de Selección del Personal (EPSO), que recientemente (20 de junio de 2005) ha efectuado un llamamiento para crear una base de datos de candidatos que podrían resultar seleccionados para ocupar puestos de agentes contratados pertenecientes a cualquiera de los cuatro grupos de funciones (I, II, III y IV) que contempla el artículo 80 del Estatuto, en las instituciones de la Unión Europea, especialmente en la Comisión y en el Consejo.

Concluido el plazo de inscripción de los interesados (20 de julio de 2005), el procedimiento de selección se desarrollará a través de tres pruebas: una primera operación de validación, una serie tests de preselección y la posterior selección de los aspirantes que pasarán a formar parte de la base de datos para un eventual reclutamiento.

La fase de validación tiene por objeto comprobar que los aspirantes inscritos reúnen los perfiles de competencia y las cualificaciones señaladas al efecto. En caso de que el número de aspirantes fuese muy elevado, el comité de selección po-

do esa primera prueba el derecho a participar en posteriores convocatorias de la segunda fase, bien entendido que se trataría de una posibilidad temporalmente limitada.

En cuanto al contenido de las pruebas, y puesto que éstas deben resultar adecuadas para seleccionar a los aspirantes más capacitados, la Comisión propone que puedan realizarse ejercicios para la comprobación de conocimientos, para la demostración de aptitudes, de habilidades y de destrezas o para la acreditación de capacidades físicas, cuando sea el caso.

Precisamente por razones de funcionalidad de las pruebas, en ocasiones puede resultar adecuado que los ejercicios de capacidad sean completados con pruebas de naturaleza más variada, tales como pruebas psicométricas, cursos de formación, valoración de experiencia laboral previa, realización de entrevistas, etc.

Más aun, también debe regularse la posibilidad de que las pruebas de capacidad sean sustituidas parcialmente por la realización de cursos de formación en centros o escuelas oficiales, que hasta la fecha no tienen carácter selectivo.

Igualmente acertada resulta la propuesta de la Comisión sobre la conveniencia de regular la posibilidad de que la consolidación del acceso quede condicionada a la superación de un período de prueba, tanto en el caso de funcionarios como de contratados laborales. En este sentido, la Comisión realiza dos importantes matices. Por un lado, que tales períodos de prueba sean guiados por empleados públicos. Por otro lado, dado que la falta de superación del período en cuestión impide consolidar el acceso al empleo público, la decisión que en este sentido se adopte debe estar estrictamente motivada.

Aunque las afirmaciones anteriores se han realizado en relación con el personal fijo (funcionario o contratado), es evidente que las exigencias de agilidad propias de la selección del personal interino y temporal no pueden argüirse para prescindir en tales procesos de las garantías y principios expuestos con carácter general.

drá elevar las exigencias relativas al grado de concurrencia de los criterios publicados para la preselección de los posibles candidatos.

La segunda fase consiste en la realización de una serie de tests que se desarrollarán en otoño de 2005, para, en primer lugar, evaluar las competencias generales, capacidades de razonamiento verbal y no verbal y conocimientos lingüísticos de los aspirantes, en segundo lugar, valorar sus conocimientos sobre integración europea e instituciones europeas, y, en tercer lugar, un test específico para conocer las competencias particulares de los aspirantes.

Quienes superen los tests indicados figurarán en la base de datos final y podrán ser entrevistados por las instituciones europeas interesadas, que seleccionarán después a quienes mejor respondan a sus necesidades.

Las bases de datos creadas del modo expuesto tendrán una validez de tres años. A su vez, se ha contemplado la posibilidad de que los candidatos validados pero no preseleccionados inicialmente sean invitados a participar en los tests que se celebren en 2006 o 2007.

### VIII. LA PROMOCIÓN PROFESIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

#### A) Significado de la promoción profesional en el empleo público y situación actual de la carrera de los funcionarios públicos

Por mucho que los expertos hayan venido insistiendo en la importancia de la promoción profesional, no está de más recordar que la configuración acertada de la misma beneficia tanto a la Administración como a los empleados públicos. Por un lado, el rendimiento y la productividad del empleado redundan en eficacia administrativa. Por otro lado, la motivación y la satisfacción personal animan al empleado público a permanecer en el servicio a las Administraciones Públicas.

Hasta el momento, la promoción profesional de los empleados públicos pasa por el sucesivo desempeño de distintos puestos de trabajo, que permite obtener una mejora retributiva, aunque no siempre se posea una especial cualificación para la realización de las tareas propias de cada uno de los puestos. Esta práctica de movilidad excesiva y artificial de un puesto a otro para elevar el nivel económico y profesional desnaturaliza el sistema retributivo, al tiempo que determina el desarrollo de estructuras organizativas poco racionales, pues, con frecuencia, la creación de nuevos puestos de trabajos no responde a razones funcionales, sino a la mera finalidad de atribuir a los mismos complementos retributivos más elevados<sup>34</sup>.

En otro orden de consideraciones, conviene recordar que el modelo de ascenso profesional expuesto no es viable en aquellas Administraciones que carecen de puestos suficientes para la promoción de sus empleados.

#### B) Un nuevo concepto de carrera administrativa

La situación referida ilustra suficientemente las carencias y disfunciones de las que adolece la carrera administrativa<sup>35</sup>, teniendo en cuenta que, tal como sostiene la Comisión, la promoción profesional de los empleados públicos debe ser entendida como “(...) conjunto ordenado de expectativas de

**LA PROMOCIÓN PROFESIONAL ES EL CONJUNTO DE EXPECTATIVAS DE PROGRESO QUE SE OFRECE DENTRO DE LA ADMINISTRACIÓN CONFORME A LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD**

(34) Para profundizar, vid. L.M. ARROYO YANES, *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Valencia, 1994.

(35) Respecto de la evolución, situación actual y perspectivas normativas de la carrera administrativa, vid. L.F. CRESPO MONTES, *Mitos y ritos de la Administración española...*, op. cit., págs. 395 y ss.

progreso que se les ofrecen dentro de la Administración en que prestan sus servicios, conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad”. La superación de las deficiencias señaladas exige una nueva concepción de carrera administrativa que aune elementos de progresión vertical y horizontal. En otras palabras, junto al ascenso a puestos de rango superior, el ascenso en el nivel profesional y económico debe resultar igualmente de la valoración positiva del rendimiento de los empleados públicos en el desempeño de un mismo puesto de trabajo. De este modo, el concepto de carrera administrativa propuesto por la Comisión permite compaginar las necesidades organizativas de la Administración con otros aspectos subjetivos como el reconocimiento a los empleados públicos de niveles más elevados de cualificación en el desempeño de su trabajo.

Por todo lo señalado, resultaría incomprensible que el Estatuto renunciase a abrir la puerta a la promoción horizontal en el empleo público, sin perjuicio del margen de opción que, en todo caso, quedaría reservado a los distintos órdenes con competencia legislativa y a las Administraciones Públicas, en función de la pluralidad de situaciones a las que resultaría aplicable.

Para la acreditación del rendimiento de los empleados y para el consiguiente reconocimiento formal de las oportunas consecuencias en orden a la promoción horizontal, las Administraciones Públicas deben determinar con carácter previo una serie de aspectos estructurales. En primer lugar, será preciso identificar los colectivos de personal a los que será de aplicación el sistema, pues ya se ha advertido que no necesariamente habrían de tener carácter general. En segundo lugar, hay que establecer los abanicos y tramos de progresión (categorías, escalones o similares) dentro de un mismo puesto de trabajo, vinculando el paso a niveles superiores a la acreditación de un determinado grado de competencia profesional e, incluso, a la permanencia de un mínimo de tiempo en el nivel de origen. De manera complementaria, es necesario fijar los conceptos retributivos asignados a cada nivel. En tercer lugar, resulta imprescindible arbitrar los principios del procedimiento a seguir para evaluar el rendimiento de los empleados.

### **C) La evaluación del desempeño**

La utilidad de la evaluación del desempeño no se agota en la promoción profesional. La valoración del rendimiento de los empleados públicos resulta sumamente útil para una gestión eficaz de los recursos humanos. Más aun, la evaluación del desempeño es un factor de importancia capital para la modernización de las Administraciones Públicas<sup>36</sup>.

Por estas razones, entiende la Comisión que el Estatuto debe pronunciarse sobre la obligatoriedad de que todas las Administraciones Públicas apliquen un sistema de evaluación de sus empleados, disponiendo expresamente su vinculación a la promoción y carrera de los empleados, y a la aplicación de los conceptos retributivos ligados al rendimiento.

(36) En este sentido, vid. A. GUTIÉRREZ REÑÓN y M. LABRADO FERNÁNDEZ, *La experiencia de la evaluación de puestos de trabajo en la Administración española*, Madrid, 1988.

El respeto del orden competencial y de la pluralidad de situaciones en las que haya de efectuarse la evaluación del desempeño, aconsejan que las disposiciones del Estatuto sobre esta materia no vayan más allá de lo indicado.

Por lo demás, la consolidación de la evaluación de desempeño no será sencilla ni rápida. La aplicación de este sistema debe ser gradual, y así debe preverlo el Estatuto, pues con carácter previo, es preciso que se implanten sistemas de definición de objetivos, indicadores de rendimiento individual—conductas o comportamientos personales— o de grupo, criterios objetivos y previsibles de evaluación, con adaptación al contenido funcional de los puestos de trabajo. En definitiva, la puesta en marcha del sistema de evaluación exige tomar conciencia de la importancia de la gestión de recursos humanos, comenzando por la creación de unidades especializadas en esta tarea. Se requieren también técnicos y directivos especializados y capacitados para realizar la evaluación del desempeño, sin perjuicio de la utilidad a tal fin de los informes de valoración emitidos por órganos superiores.

Siendo previsible que la implantación de sistemas de evaluación del rendimiento no será pacífica, resulta muy acertada la sugerencia de la Comisión de remitir la resolución de las reclamaciones a los órganos técnicos (órganos especializados para la garantía de los principios de igualdad, mérito y capacidad) a los que se ha hecho referencia en el apartado relativo al acceso al empleo público.

### **D) Promoción profesional del personal laboral**

Respecto de la promoción profesional del personal laboral, la Comisión considera que el Estatuto debe reflejar la situación actual, remitiendo dicha cuestión a la negociación colectiva, sin perjuicio de su asimilación progresiva a los principios y criterios aplicables a los funcionarios.

### **E) La promoción interna**

La promoción interna se desarrolla mediante el acceso a cuerpos, escalas o puestos de un grupo de titulación superior, pero, pese a su componente selectivo, no debe obviarse que también constituye una modalidad de promoción profesional de los empleados públicos, especialmente propiciada por la LMRFP.

También el sistema vigente en este ámbito está necesitado de reformas. En todo caso, es aconsejable que el Estatuto establezca una regulación muy general sobre la materia, de modo que cada Administración disponga de autonomía suficiente para diseñar su propia política de personal. A tal efecto, puesto que la promoción interna no puede entenderse desligada de la planificación estratégica de recursos humanos en las Administraciones Públicas, la legislación de desarrollo podría autorizar la restricción de las posibilidades de promoción interna en determinadas áreas o sectores funcionales.

Una de las cuestiones a abordar por el Estatuto es la relativa a los derechos específicos de los empleados interesados en participar en un proceso de promoción, entre los que podría

contemplarse la reducción de jornada o la dotación de becas de formación. Desde otra perspectiva, además de la titulación necesaria en cada caso, podría exigirse a los interesados un tiempo mínimo de permanencia en el cuerpo o grupo de origen.

Entre otras modificaciones, la Comisión ha manifestado la conveniencia de que la promoción interna ofrezca oportunidades semejantes a funcionarios públicos y contratados laborales que posean un mismo nivel de cualificación. Por ello, la Comisión considera que el Estatuto debería admitir la posibilidad de un sistema de “promoción cruzada”, que permita a los empleados laborales acceder a cuerpos, escalas y grupos de funcionarios, siempre que reúnan las requisitos y superen las pruebas establecidas al efecto.

Por otro lado, si bien el acceso a un cuerpo, escala, grupo o especialidad diferente exige acreditar el perfil de competencia requerido, el Estatuto debería contemplar la posibilidad de eximir a los interesados de la necesidad de superar las pruebas establecidas para valorar las capacidades y conocimientos exigidos, cuando tales requisitos se hubiesen acreditado en el acceso al cuerpo o grupo de origen.

Asimismo, el Estatuto debería habilitar a las Administraciones Públicas para que, junto con las pruebas de capacidad, incorporen cursos selectivos en los procesos de promoción interna.

### **F) Formación y perfeccionamiento permanente de los empleados públicos**

Indudablemente, la formación profesional de los empleados públicos es imprescindible para el desarrollo de su carrera profesional, promocional o retributiva<sup>37</sup>.

Si bien, éste es otro de los aspectos en los que el Estatuto debe limitarse a establecer unas disposiciones mínimas, comenzando por señalar que la formación profesional es un derecho y un deber de los empleados públicos.

Tal como indica la Comisión, sería conveniente que el Estatuto invitase a las Administraciones Públicas a realizar un diagnóstico previo de las necesidades de formación, que habría de tomarse como referencia para elaborar programas de formación vinculados a la planificación estratégica de recursos humanos, a la configuración de las carreras profesionales y a las tareas realmente desempeñadas por los empleados. Todo ello, teniendo en cuenta que el logro efectivo de los fines perseguidos con las actividades de formación requiere una adecuada evaluación de su efecto en la mejora efectiva del rendimiento de los empleados.

(37) De ahí que la Declaración para el Diálogo Social en las Administraciones Públicas, suscrita el 21 de septiembre de 2004 por los sindicatos CCOO, UGT y CSI-CSIF y el Ministerio de Administraciones Públicas, haya plasmado la voluntad de “(...) impulsar y fomentar la formación continua vinculándola a la promoción, carrera profesional y adecuación de los perfiles profesionales a las nuevas necesidades de las Administraciones Públicas y de estudiar fórmulas que permitan compensar la ausencia de cotización por formación profesional de los funcionarios no acogidos al Régimen General de la Seguridad Social”.

Por otro lado, debería tenerse en cuenta la sugerencia de la Comisión sobre la organización de cursos y actividades de formación abiertos a empleados de distintas Administraciones, que favorecerían la movilidad e integración entre los grupos y colectivos de personal de todas ellas.

### **IX. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO Y MOVILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS**

#### **A) Situación actual de la materia**

Ya hemos tenido ocasión de señalar cómo, en virtud de la estructura actual de la carrera administrativa, los empleados públicos van ocupando sucesivos puestos de trabajo, en función de las posibilidades que ofrecen los sistemas de promoción interna y de provisión de puestos de trabajo, con el fin de avanzar en la escala de grupos, de niveles y de retribuciones. Asimismo, hemos puesto de relieve cómo esta “espiral de movilidad” genera notables disfunciones en la gestión del empleo público<sup>38</sup>.

El sistema de provisión de puestos de trabajo<sup>39</sup> no es sino un reflejo del panorama descrito. Para empezar, con frecuencia, los concursos no se resuelven en atención preferente a la experiencia y capacidad de los aspirantes, en buena medida, porque la distorsión del contenido de los puestos de trabajo no siempre lo permite. Por otro lado, la rigidez y la pesantez características de la tramitación y resolución de los concursos determina la sustitución de este sistema de provisión por alternativas previstas para supuestos distintos, como es el caso de la comisión de servicios. Otro tanto ocurre con el sistema de libre designación, del que se viene haciendo un uso excesivo.

#### **B) Necesidad de una nueva regulación del sistema de provisión de puestos de trabajo**

Así las cosas, es evidente que el sistema de provisión de puestos de trabajo debe acomodarse a la lógica interna de las transformaciones del empleo público que corresponde acometer al Estatuto. En este sentido, en primer lugar, puesto que la

**EXISTEN SUPUESTOS EN  
LOS QUE LA COBERTURA  
DE DETERMINADOS  
PUESTOS DE TRABAJO  
DEBE PERMITIR UN  
MAYOR MARGEN DE  
DISCRECIONALIDAD EN  
LA SELECCIÓN DE LOS  
CANDIDATOS**

(38) Vid. J.B. LORENZO DE MEMBIELA, *Provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, Pamplona, 2002.

(39) Vid. artículos 20 LMRFP y 36 RGIPP.

Comisión se inclina por el diseño de una organización administrativa más plana, con predominio de puestos de trabajo de tipo genérico, carece de justificación la configuración de puestos de trabajo de contenido funcional singularizado al efecto de su provisión por un candidato determinado. Ahora bien, la adscripción indistinta a los puestos de trabajo no puede llevarse a cabo al margen de una especialización mínima para el desempeño de dichos puestos, so pena de infrutilizar la capacidad de los funcionarios. Por ello, resulta muy acertada la sugerencia de la Comisión de que el Estatuto permita a las Administraciones Públicas que ordenen la movilidad de sus empleados en función de áreas de especialización, de modo que cada funcionario pueda optar a la provisión de puestos para cuyo desempeño disponga de capacidades y experiencias adecuadas.

Partiendo de estas premisas básicas, la garantía de los principios de igualdad, mérito, capacidad, eficacia y eficiencia imponen la necesidad de flexibilizar la configuración de los concursos mediante la reducción de elementos reglados y la introducción de variantes (tests o entrevistas) que permitan la selección de los aspirantes más idóneos. Por idénticas razones, los órganos encargados de valorar los méritos y capacidades deben reunir plenas condiciones de independencia (ausencia de miembros de designación política o representación sindical) y profesionalidad (presencia de miembros de las unidades de recursos humanos). Como garantía añadida, el Estatuto debería prever que la revisión de las decisiones de los órganos de valoración se atribuya a los órganos especializados e independientes a los que ya hemos aludido en apartados anteriores.

Por otro lado, conviene recordar que, en el futuro, los derechos y la carrera de los empleados públicos no podrán entenderse desligados de la evaluación de su rendimiento. En consecuencia, a medida que vaya implantándose el sistema de evaluación de rendimiento, los resultados del mismo deberán ser tenidos en cuenta tanto para la resolución de los procedimientos de provisión como para el mantenimiento en el puesto de trabajo así ganado. Por ello, según el criterio de la Comisión, el Estatuto debe garantizar el derecho a permanecer un tiempo mínimo (a determinar por la legislación aplicable en cada caso) en el puesto de trabajo, que podría ser prorrogado si el rendimiento del empleado es valorado positivamente, pero, admitiendo igualmente la posibilidad de que, transcurrido un período de prueba razonable, la Administración resolviese motivadamente reintegrar al funcionario a su puesto de origen.

Junto a la modalidad ordinaria de provisión de puestos de trabajo, existen supuestos en los que la cobertura de determinados puestos de trabajo debe permitir un mayor margen de discrecionalidad en la selección de los candidatos. El Estatuto debería contemplar esta posibilidad para la provisión de puestos de trabajo singularizados de carácter directivo, de confianza personal o de alta responsabilidad. Ahora bien, dejando a un lado las especialidades de la normativa que resulte aplicable a los dos colectivos de personal mencionados en primer lugar, en el caso del personal de alta responsabilidad, es aconsejable que el Estatuto introduzca algunos elementos correctores de la aludida discrecionalidad, condicionando la selección a la valoración por el órgano competente de la concurrencia en los aspirantes de los requisitos de idoneidad previamente establecidos. En consecuencia,

en esta última modalidad de provisión, también los titulares de los puestos de trabajo tendrían derecho a una permanencia mínima en los mismos, quedando su cese condicionado a la acreditación de causas objetivas y justificadas.

### **C) Movilidad interna de los funcionarios públicos**

Si la movilidad voluntaria de los funcionarios puede tildarse —en ocasiones— de excesiva y artificial, la movilidad forzosa se enfrenta a múltiples dificultades, hasta el punto de que constituye prácticamente una excepción. Ésta es también una situación anómala que impide a las Administraciones Públicas distribuir de forma eficiente sus recursos humanos, de modo que, en ocasiones, se ven forzadas a contratar personal temporal pese a disponer de personal excedente en determinadas áreas.

Estando en juego del derecho de los funcionarios al cargo, resulta inexcusable que el Estatuto disponga una regulación mínima de la movilidad forzosa que garantice las retribuciones, las condiciones esenciales de empleo y la posibilidad de que el funcionario invierta un tiempo razonable en el desplazamiento a su trabajo.

No obstante, en supuestos tasados de necesidades urgentes e inaplazables, como ocurre en la actualidad, cabría la posibilidad de asignar al funcionario un puesto de trabajo en comisión de servicios que implicase un cambio de residencia.

### **D) Movilidad interadministrativa**

La legislación vigente contempla la movilidad entre las distintas Administraciones en los términos previstos por las relaciones de puestos de trabajo, de modo que, en la práctica, dicha posibilidad resulta bastante restringida.

Aunque no existe una demanda excesiva de movilidad en todos los ámbitos, los procesos de descentralización paralelos a la transferencia de ciertas competencias estatales a las Comunidades Autónomas sí aconseja facilitar la movilidad de personal entre ambos órdenes organizativos. Pese a todo, las iniciativas seguidas hasta ahora no han dado los resultados esperados. Éste es el caso del Acuerdo alcanzado entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas en 2003, con el fin de que al menos un cinco por ciento de las convocatorias de provisión de puestos de trabajo de todas ellas permitiesen concurrir a funcionarios de otras Administraciones, que ha sido objeto de escasas adhesiones.

Sin embargo, existe la necesidad de aumentar las posibilidades de movilidad de los empleados entre las distintas Administraciones, especialmente, en algunos sectores (educación, sanidad).

Lejos de abogar por una regulación básica que disponga detalladamente las reglas de movilidad, la Comisión juzga mucho más adecuado que el Estatuto propicie la celebración de Acuerdos o Convenios de movilidad entre Administraciones Públicas. Dando un paso más,

cabría también la posibilidad de leyes especiales que elevasen la movilidad a la categoría de regla general en áreas o servicios concretos.

Pero, más allá de acuerdos puntuales, es conveniente establecer las bases de un sistema que facilite la movilidad con carácter general. Por ello, siguiendo el criterio de la Comisión, el Estatuto debería prever un sistema de homologación de requisitos para el acceso y ascenso a los cuerpos, escalas, categorías o grupos profesionales equivalentes en las distintas Administraciones. Dicho sistema —de ámbito general o sectorial— podría ser adoptado mediante acuerdo de la Conferencia Sectorial de Administración Pública, y resultaría de adhesión voluntaria para las Administraciones, salvo que por ley especial se estableciese cosa distinta para sectores concretos.

### **E) Asignación de puestos y funciones y movilidad del personal laboral**

Como ocurre con otros aspectos del régimen del personal laboral, las cuestiones sobre asignación de puestos y funciones y movilidad de este colectivo deben seguir siendo determinadas mediante convenio colectivo, sin perjuicio de que esta regulación pueda acercarse a lo dispuesto para los funcionarios.

## **X. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS**

### **A) Estado actual del régimen de situaciones administrativas y propuestas de regulación básica**

En este apartado, son pocas las modificaciones propuestas por la Comisión, por estimar que el régimen actual de las situaciones administrativas<sup>40</sup> no está necesitado de una revisión general<sup>41</sup>.

Con carácter general, en sintonía con la voluntad de aproximar el régimen jurídico de todos los empleados públicos, la Comisión propone que el Estatuto disponga la aplicación del mismo régimen de situaciones administrativas a funcionarios y empleados con contrato laboral, lo que, más que una modificación en sentido estricto, consistiría en un simple reflejo normativo de la realidad.

Evidentemente, el Estatuto habrá de regular las distintas situaciones administrativas de los empleados públicos, si bien, cada una de ellas, con diferente grado de intensidad. Por ello, en algunos casos, el Estatuto debería limitarse a recoger lo dispuesto por la legislación vigente, mientras que, en otros casos, lo aconsejable sería una regulación mínima de las situaciones en cuestión.

(40) Vid. artículos 40 a 50 LFCE y 29 LMRFP.

(41) Sobre la regulación y la práctica jurisprudencial en materia de situaciones administrativas, vid. R. MANZANA LAGUARDA, *Situaciones administrativas de los funcionarios públicos*, Valencia, 1998.

Las propuestas de cambio más significativas son las relativas a la regulación de las situaciones de servicios especiales y de excedencia por servicios en el sector público.

### **B) Situación de servicios especiales**

Respecto de la situación de servicios especiales, que ha experimentado una considerable ampliación de su ámbito de aplicación por la bondad de los efectos que comporta, la Comisión considera que debe recuperar sus rasgos originarios, de manera que se aplique excepcionalmente a quienes ocupen cargos electivos, cargos de naturaleza o confianza política en sentido estricto, o puestos relevantes y de carácter temporal en organismos internacionales y en órganos constitucionales o equivalentes de las Comunidades Autónomas. En consecuencia, la situación del personal directivo, así como la de empleados de organismos o de determinadas entidades del sector público que vienen considerándose como de servicios especiales, deben ser objeto de una regulación propia y diferencia de la citada situación administrativa de servicios especiales.

### **C) Excedencia por servicios en el sector público**

En cuanto a la excedencia voluntaria por prestación de servicios en otros organismos o entidades del sector público o por encontrarse en servicio activo en otro cuerpo o escala diferente del de origen [artículo 29.3.a) de la LMRFP], hasta la fecha, tiene efectos prácticamente idénticos a los de la excedencia voluntaria por interés particular, salvo en lo relativo al cómputo de servicios prestados en esta situación a efectos de trienios, que ha sido reconocido en fechas muy recientes. Sin embargo, la situación de excedencia por servicios en el sector público no resulta asimilable a la excedencia voluntaria por interés particular, y además, de este modo, se desincentiva la movilidad de los empleados públicos hacia las entidades y organismos indicados. Por ello, la regulación básica que el Estatuto haga de la situación de excedencia por prestación de servicios en el sector público debería reconocer el tiempo de permanencia en la misma a efectos de trienios y derechos pasivos, además de contemplar un derecho de reingreso preferente en el puesto de origen o en otro de características similares, siempre que exista vacante.

**LA SITUACIÓN DEL  
PERSONAL DIRECTIVO  
Y DE EMPLEADOS  
DE DETERMINADAS  
ENTIDADES DEL SECTOR  
PÚBLICO DEBEN  
SER OBJETO DE UNA  
REGULACIÓN PROPIA Y  
DIFERENCIADA DE LA  
SITUACIÓN DE SERVICIOS  
ESPECIALES**

## XI. LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

### A) Causas de extinción de la relación de servicio de los empleados públicos y reglas complementarias de jubilación

La garantía de la igualdad básica de los derechos de todos los empleados exige que el Estatuto se pronuncie sobre este aspecto. Si bien, como es sabido, en este ámbito existe una diferencia insoslayable entre el personal laboral fijo y los funcionarios públicos, pues la inamovilidad es predicable únicamente de la condición de los últimos.

Puesto que no se han apreciado razones de peso para una modificación sustancial del régimen actual<sup>42</sup>, la Comisión considera adecuado que el Estatuto Básico incorpore las causas de extinción de la relación de servicio de los empleados públicos vigentes en la actualidad, es decir, la renuncia aceptada por la Administración, la pérdida del requisito de nacionalidad correspondiente, la inhabilitación penal, la separación del servicio del funcionario público y la jubilación.

Respecto de esta última causa de extinción de la relación, sin perjuicio de las modalidades de jubilación previstas por la legislación general (cumplimiento de la edad general de jubilación forzosa, posibilidad de prolongación voluntaria del servicio activo hasta los setenta años, y jubilación voluntaria anticipada, si el funcionario reúne los requisitos exigidos por el régimen de Seguridad Social aplicable), también debe contemplarse la posibilidad, por ley, de normas especiales de jubilación para determinados grupos o colectivos de funcionarios y para los empleados públicos con discapacidad.

Pero, además, la Comisión propone dos nuevas variantes de jubilación. Por una lado, la Comisión destaca la conveniencia de que el Estatuto recoja el derecho de los funcionarios a prorrogar su permanencia en el servicio activo tras alcanzar la edad de jubilación forzosa, durante el tiempo necesario para causar pensión, siempre que ese período no exceda de seis años y el funcionario reúna la capacidad adecuada para el desempeño de sus funciones. Esta posibilidad es ya una realidad en la legislación laboral, y aparece contemplada igualmente en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (2003).

Por otro lado, y también en consonancia con la legislación laboral (artículo 12.6 del Estatuto de los Trabajadores), se aconseja que el Estatuto introduzca la jubilación voluntaria parcial de los funcionarios, que llevaría aparejada la consecuente reducción de retribuciones. Según el planteamiento de la Comisión, esta modalidad de jubilación, supeditada siempre a las necesidades del servicio, podría solicitarse desde los cinco años anteriores a la edad de jubilación forzosa o, superada ésta, como modalidad especial de prolongación del servicio activo.

(42) Vid. artículos 37 a 39 LFCE, y 33 y 34 LMRFP.

## Informe sobre el Estatuto Básico del Empleado Público

En relación con las nuevas modalidades de jubilación, debe citarse la iniciativa de jubilaciones anticipadas e incentivadas presentada por el Ministerio de Administraciones Públicas. Dicha iniciativa, denominada “Plan de rejuvenecimiento del personal”, va dirigida a los empleados de la Administración General del Estado entre 58 y 64 años, y afectaría a unas 25.000 personas. En principio, este programa de rejuvenecimiento, que debe ser discutido con los sindicatos, no responde tanto a la necesidad de afrontar un exceso de personal, como a la voluntad de reordenar edades, cualificaciones y ubicación geográfica del personal de la Administración General del Estado, con el fin último de adecuar el capital humano a las necesidades de los ciudadanos.

### B) Peculiaridades del despido en el ámbito del empleo público

Respecto de las causas de extinción de la relación de empleo laboral, no se considera preciso variar la remisión a lo dispuesto por la legislación laboral común, a excepción del despido improcedente o sin causa, que debe desaparecer de elenco de dichas causas.

La razón de esta supresión es obvia, pues la facultad de despedir a los empleados sin causa objetiva y legalmente prevista choca abiertamente con los principios de interés público y de sometimiento pleno a la ley y al Derecho que rigen la actuación de la Administración. Por lo demás, el despido sin causa de quien ha accedido al empleo público en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, supone una vulneración flagrante de tales principios. En consecuencia, si un contrato válido resulta extinguido sin causa legal, una vez declarada la nulidad del despido, la Administración estará siempre obligada a readmitir al trabajador.

La figura y las consecuencias del despido improcedente resultan igualmente inapropiadas si, por el contrario, la Administración contrata al margen de los principios de igualdad, mérito y capacidad, de buena administración o de interés público, o sin causa alguna. Estos supuestos son simplemente expresivos de una actuación irregular determinante de la extinción de la relación laboral, previa anulación del contrato en cuestión<sup>43</sup>.

## XII. DERECHOS BÁSICOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Éste es otro de los aspectos en los que el régimen de todos los empleados públicos ha venido aproximándose progresivamente. Por ello, el Estatuto debería reflejar esta realidad.

(43) Respecto de los efectos de las irregularidades en la contratación laboral en la Administración, en virtud de la línea jurisprudencial iniciada por la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1991 (Ar. 1875), la aplicación de la legislación laboral determinaba la adquisición de fijeza en el empleo público de los contratados afectados.

Posteriormente, esta jurisprudencia fue matizada por la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1996 (Ar. 7492), en cuya virtud, la contratación laboral en la Administración al margen de un sistema adecuado de ponderación del mérito y la capacidad impide convertir a los empleados afectados en trabajadores fijos de plantilla, no sin advertir que “(...) los preceptos sobre los efectos legales del despido improcedente (y la misma conclusión debe valer para el despido nulo) se aplican en su integridad a los despidos acordados por las Administraciones Públicas, sin que los principios de mérito y capacidad establecidos en el artículo 103.3 CE sean obstáculo para la imposición a la Administración empleadora de los deberes de indemnización o readmisión”. Vid., en el mismo sentido, Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1996 (Ar. 9139), 30 de diciembre de 1996 (Ar. 9684), 14 de marzo de 1997 (Ar. 2474) y 20 de enero de 1998 (Ar. 317).

A tal efecto, la Comisión propone que el Estatuto establezca la aplicación general de un listado único de derechos, unos de carácter individual y otros de carácter colectivo. El catálogo elaborado por la Comisión recoge algunos derechos que carecen de formulación expresa en las normas, los derechos que se encuentran dispersos en la normativa vigente, así como otros derechos conexos con los anteriores, pero especialmente vinculados a las características del nuevo modelo de empleo público que se pretende implantar<sup>44</sup>. En definitiva, el listado de derechos sugerido por la Comisión viene a aportar claridad y seguridad jurídica en este ámbito.

No obstante, el derecho de los funcionarios públicos a la inamovilidad en su condición de tales debe constituir necesariamente la excepción a la regla general antedicha. Ciertamente, la propuesta de supresión del despido improcedente del personal laboral supone un acercamiento importante del régimen de este colectivo al de los funcionarios. Pese a todo, el derecho de inamovilidad —que no debe confundirse con el derecho al cargo o derecho al desempeño de las tareas que correspondan— es y debe ser exclusivo de los funcionarios, como garantía imprescindible de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas.

(44) La Comisión ha formulado el siguiente catálogo de derechos básicos para incluir en el Estatuto:

“a) Derechos de carácter individual:

- A la inamovilidad en la condición de funcionario público de quienes tengan este carácter.
- Al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional.
- A la promoción profesional según principios de igualdad, mérito y capacidad y de acuerdo con los procedimientos establecidos en cada caso.
- A ser evaluado de forma objetiva y transparente en el ejercicio de sus funciones.
- A percibir las retribuciones y las indemnizaciones por razón del servicio que procedan.
- A participar en la consecución de los objetivos atribuidos a la unidad donde preste sus servicios y a ser informado por sus jefes o superiores de las tareas a desarrollar.
- A recibir asistencia jurídica y protección de la Administración Pública en el ejercicio legítimo de su actividad profesional, conforme a la legislación vigente.
- A las distinciones y recompensas que les correspondan por el cumplimiento sobresaliente de sus funciones.
- A la formación profesional y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales.
- A que sea respetada su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y moral.
- A la conciliación de la vida laboral y familiar.
- A la libertad de expresión, dentro de los límites derivados de la Constitución y las leyes.
- A recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.
- A vacaciones, descansos y permisos.
- A la jubilación según los términos y condiciones establecidos en las normas aplicables.
- A las prestaciones de la Seguridad Social correspondientes al régimen que les sea de aplicación.

b) Derechos de carácter colectivo:

- A la libertad sindical.
- A la libre asociación profesional.
- A la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo.
- De huelga, con los límites establecidos por la ley y la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.
- Al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, en los términos establecidos por la legislación aplicable en cada caso.
- De reunión.”

### XIII. EL SISTEMA RETRIBUTIVO

#### A) Disfunciones y carencias del actual sistema de retribuciones

El sistema retributivo constituye un elemento esencial de toda política de recursos humanos. En el ámbito público el sistema retributivo recompensa tres aspectos básicos: las capacidades demostradas por el funcionario en el acceso al empleo público, las características del puesto que el funcionario desempeña, y el rendimiento con que el funcionario lleva a cabo las tareas propias de su puesto de trabajo.

En su comparación con las retribuciones de los trabajadores del sector privado, un aspecto singular de las de los empleados públicos reside en el hecho de que su determinación resulta condicionada por la política presupuestaria, a la que también se subordina la negociación colectiva en este ámbito.

El sistema retributivo vigente en el empleo público, instaurado por la LMRFP<sup>45</sup>, se basa en un estructura de retribuciones básicas y retribuciones complementarias. Las primeras retribuyen las condiciones de acceso al empleo público; las segundas recompensan las tareas específicas desempeñadas por cada funcionario, así como el rendimiento con el que se desarrollan tales tareas.

El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la citada LMRFP ha puesto de manifiesto importantes disfunciones en el funcionamiento del sistema retributivo. Para empezar, algunos de los conceptos retributivos mencionados se han mantenido en cuantías demasiado escasas. A su vez, otros conceptos retributivos no han sido aplicados correctamente, por lo que tampoco han podido cumplir la función que les es propia<sup>46</sup>.

Otra muestra más de las disfunciones del sistema retributivo actual es que ni siquiera la determinación general de los incrementos retributivos por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado ha conseguido que las retribuciones hayan experi-

**EL SISTEMA RETRIBUTIVO RECOMPENSA LAS CAPACIDADES DEL FUNCIONARIO, LAS CARACTERÍSTICAS DE SU PUESTO DE TRABAJO Y EL RENDIMIENTO CON EL QUE DESEMPEÑA LAS TAREAS QUE LE CORRESPONDEN**

(45) Vid. artículos 23 y 24.

(46) F.A. CASTILLO BLANCO ha llevado a cabo un interesante estudio sobre el constante desfase entre el sistema normativo que regula las retribuciones de la función pública y el modelo de Administración en que aquélla presta sus servicios, estableciendo una serie de parámetros para la construcción de un sistema retributivo adecuado a un nuevo marco de regulación del empleo público y en sintonía con un nuevo modelo de organización administrativa. Vid. *El sistema retributivo en la función pública española*, Madrid, 2002.

mentado el mismo crecimiento en todas las Administraciones ni en los distintos colectivos y niveles de empleo público. Esta circunstancia pone de relieve, en primer lugar, que la negociación colectiva alcanza diferentes resultados en las distintas Administraciones Públicas. Así, en el caso de las Administraciones Locales y Autonómicas, la cercanía entre los empleados y los órganos políticos resta a aquéllas capacidad para hacer frente a las presiones sindicales. Si a esto se añade que la autonomía de gasto propia de cada Administración permite la fijación de complementos retributivos y la dotación de fondos adicionales diversos, fácilmente se explica la disparidad de incrementos retributivos de una Administración a otra, así como las diferencias retributivas entre colectivos de un mismo sector del empleo público. A su vez, esta realidad genera un círculo vicioso que determina el inicio de sucesivos procesos de negociación sindical con el fin de igualar niveles retributivos más elevados logrados en otras Administraciones.

### **B) Otra manera de determinar los incrementos de las retribuciones**

Es evidente que el modelo expuesto necesita ser corregido, puesto que no cabe obviar la competencia estatal para la garantía de la estabilidad de las cuentas públicas, ni son justas las diferencias retributivas entre empleados pertenecientes al mismo colectivo.

Tal como ha apuntado la Comisión, el equilibrio del gasto de personal podría garantizarse mediante la determinación por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de límites globales al crecimiento anual de la masa salarial de las distintas Administraciones Públicas. Lejos de establecer un modelo homogéneo de retribuciones para los empleados de todas las Administraciones Públicas, la propuesta de la Comisión comporta un margen considerable de flexibilidad que permitiría a cada Administración distribuir los incrementos retributivos entre sus empleados de la manera que considere más adecuada.

Ahora bien, puesto que estas previsiones retributivas contempladas por las leyes presupuestarias estatales afectan a las Administraciones Local y Autonómica en mayor medida que a la Administración del Estado, la viabilidad del sistema propuesto exige que se arbitren mecanismos eficaces para la participación de esas Administraciones. Según señala la Comisión, dicha participación podría materializarse en el marco de la Conferencia Sectorial de Administración Pública o a través de contactos o negociaciones *ad hoc*.

El acuerdo sobre los porcentajes de incremento retributivo previsible alcanzado a través de las vías propuestas sería después objeto de negociación colectiva. Si bien, resulta igualmente conveniente que, con carácter previo al inicio de dicha negociación, todas las Administraciones Públicas acerquen sus posiciones al respecto.

Por lo demás, sentadas estas premisas básicas, no hay razón para variar la actual distinción entre retribuciones básicas y complementarias.

### **C) Retribuciones básicas**

Respecto de este tipo de retribuciones, se considera razonable mantener su vinculación al grupo de titulación al que pertenezca el funcionario. Asimismo, puesto que estas retribuciones actúan como elemento de igualación retributiva entre los funcionarios, las decisiones sobre su cuantía y sus incrementos deben ser adoptadas por los Presupuestos Generales del Estado. Por último, como novedad más significativa, la Comisión considera que las pagas extraordinarias deben alcanzar progresivamente el importe íntegro de una mensualidad, incluyendo las retribuciones complementarias de carácter fijo.

### **D) Retribuciones complementarias**

En el caso de las retribuciones complementarias, la Comisión ha manifestado la necesidad de introducir una serie de reformas sustanciales inspiradas en un criterio de flexibilidad. De este modo, el Estatuto se limitaría a prever un conjunto de finalidades o conceptos a recompensar por las retribuciones complementarias, con independencia de la denominación y del peso específico que las correspondientes normas del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales asignen a cada una de ellas.

En este sentido, la Comisión entiende que alguna de las retribuciones complementarias debería recompensar de manera precisa y equitativa las tareas realmente desempeñadas por el funcionario.

Igualmente indicada resultaría la retribución a través de estos conceptos del grado de implicación del funcionario en los objetivos de la Administración en la que presta sus servicios.

A juicio de la Comisión, las retribuciones complementarias admitirían también la posibilidad de pactar la dotación de fondos sociales o planes de pensiones.

Además, de forma paralela a la implantación de sistemas de carrera horizontal en las Administraciones, sería lógico prever un complemento de carrera, en función del grado o categoría propios de cada funcionario.

### **E) Especial consideración del complemento de productividad**

La reforma de las retribuciones complementarias debe afectar significativamente al actual complemento de productividad. Si, como se ya se ha señalado en varias ocasiones, la modernización de las Administraciones Públicas no puede entenderse al margen de la evaluación del rendimiento de los empleados, sería ilógico desvincular los resultados de dicha evaluación del concepto retributivo mencionado. Por ello, la Comisión considera que, a diferencia de la aplicación selectiva y no siempre lógica que viene haciéndose del actual complemento de productividad<sup>47</sup>, este complemento –con independencia de la

(47) Sobre el particular, vid. F.A. CASTILLO BLANCO, “Luces y sombras del complemento de productividad: ¿un concepto retributivo inaplicado?”, *Revista Justicia Administrativa*, núm. 8, 2000.

denominación que se le otorgue— debe pasar a constituir un concepto de obligada presencia en el sistema retributivo de los empleados. Obviamente, la aplicación generalizada, correcta y eficaz de este concepto retributivo no es viable sin la previa implantación de sistemas de evaluación que permitan a cada Administración determinar los criterios de valoración del rendimiento y la repercusión, positiva o negativa, de dicha valoración a efectos de la percepción del complemento en cuestión. En este sentido, aunque ya se ha señalado en apartados anteriores, es oportuno recordar aquí que la evaluación objetiva del rendimiento de los empleados públicos y el objetivo último de la reforma del empleo público exigen una apuesta clara de las Administraciones por las unidades de gestión de recursos humanos.

### **F) Retribuciones del personal laboral**

Las retribuciones del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, como tantos otros aspectos del régimen propio de este colectivo, serán determinadas mediante la negociación colectiva, con sometimiento a la legislación laboral común y a los límites presupuestarios antes mencionados. En cualquier caso, nada impide que a través de la negociación colectiva las retribuciones del personal laboral puedan adaptarse a las de los funcionarios, en algunos ámbitos y sectores determinados.

## **XIV. REPRESENTACIÓN, PARTICIPACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS**

### **A) Peculiaridades del régimen de empleo público. Necesidad de clarificación legal**

En el ámbito público, con carácter general, el ejercicio de los derechos colectivos se rige por las mismas normas aplicables al resto de trabajadores. Así ocurre con el derecho de sindicación de los funcionarios públicos, que está sujeto a las normas de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), y con el derecho de huelga, cuyo ejercicio se desarrolla de conformidad con las normas del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo.

No puede decirse lo mismo del sistema de representación, participación en la determinación de las condiciones de trabajo y negociación colectiva de los empleados públicos, que sí ha sido objeto de una regulación específica como es la establecida por la Ley 9/1987, de 12 de junio, de regulación de los órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LORAP).

Las primeras normas citadas no tienen en cuenta las peculiaridades que puede revestir el ejercicio de los derechos colectivos por los funcionarios públicos. Por su parte, la aplica-

ción de la LORAP evidencia una serie de carencias que deben ser remediadas<sup>48</sup>.

Las circunstancias expuestas no suponen sino un argumento más en apoyo de la regulación que, en todo caso, debe llevar a cabo el Estatuto Básico del Empleado Público sobre esta materia. Más aun, como ha señalado la Comisión, en este ámbito, la regulación estatutaria podría tener mayor intensidad que en otras parcelas del régimen de los empleados públicos, habida cuenta de la estrecha vinculación con la libertad sindical y de la necesidad de establecer un conjunto de principios aplicables a la totalidad de Administraciones Públicas y de empleados públicos. La regulación que haya de llevarse a cabo debe conciliar los derechos de los empleados y las potestades de las Administraciones Públicas, con los consecuentes matices que han de caracterizar los derechos de negociación de este colectivo de personal en comparación con el resto de trabajadores.

Ciertamente, estas reglas son comunes por esencia a los funcionarios públicos y al personal laboral, al tiempo que coadyuvan a la aproximación del régimen jurídico de ambos tipos de empleados. Precisamente, en esta línea de acercamiento del régimen de ambos colectivos de empleados, entiende la Comisión que el Estatuto debería contemplar la creación de órganos de negociación comunes para el personal funcionario y laboral, puesto que existen importantes similitudes en la regulación de sus condiciones de trabajo y, en la práctica, la negociación colectiva se lleva a cabo de forma conjunta en numerosas Administraciones. En tal caso, los Pactos o Acuerdos y convenios colectivos resultantes de la negociación sobre las condiciones de trabajo comunes a ambos colectivos de personal desplegarían diversos efectos jurídicos en cada ámbito.

Asimismo, sería conveniente que el Estatuto permitiese la actuación en común de los órganos de representación unitaria de los funcionarios y del personal laboral, siempre que desarrollen funciones distintas de la negociación colectiva.

**EL ESTATUTO DEBE  
REGULAR LAS FACULTADES  
Y LEGITIMACIÓN DE  
LOS ÓRGANOS DE  
REPRESENTACIÓN, LAS  
GARANTÍAS Y DERECHOS  
DE SUS MIEMBROS Y  
LA DURACIÓN DE SU  
MANDATO**

(48) Sobre la realidad expuesta en el texto, vid. L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Madrid, 1983; S. DEL REY GUANTER, *Comentarios a la Ley de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1988; R. ROQUETA BUJ, *La negociación colectiva en la función pública*, 1996; T. SALA FRANCO y R. ROQUETA BUJ, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Valencia, 1995, y M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública...*, op. cit., págs. 227 y ss.

**B) Órganos de representación de los funcionarios públicos. Elecciones y procedimiento electoral**

El Estatuto ha de establecer la regulación de los órganos de representación de los funcionarios públicos, así como su número en cada unidad electoral. Por su parte, corresponderá a las leyes del Estado, a las de las Comunidades Autónomas y a las que regulen la Administración Local la determinación de las correspondientes unidades electorales, admitiendo la posibilidad de que las así establecidas sean modificadas por los respectivos órganos de gobierno, tras la oportuna negociación con los sindicatos.

El Estatuto debería regular igualmente las facultades y la legitimación de los órganos de representación, las garantías y derechos de sus miembros, y la duración de su mandato.

En cuanto a la promoción a candidatos y el procedimiento para la elección de Delegados y Juntas de Personal se considera adecuado mantener la normativa vigente, pero reduciendo el contenido básico de dicha regulación a una serie de aspectos generales que aseguren la igualdad básica de derechos de los funcionarios y de los candidatos a las elecciones. En este sentido, la Comisión ha concretado los aspectos del procedimiento electoral sobre los que el Estatuto habría de pronunciarse<sup>49</sup>.

**C) La negociación colectiva de los funcionarios públicos. Principios generales**

Tal como ha señalado la Comisión, es conveniente que la necesaria regulación estatutaria de la negociación colectiva se encuentre presidida por una formulación explícita o implícita de los principios rectores de la misma. La consagración estatutaria de tales principios no es ociosa por más que éstos resulten ya conocidos: legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad de la negociación respecto de las materias propias de ésta, buena fe negocial, publicidad y transparencia.

**D) Sujetos legitimados para negociar**

La actual limitación por la LORAP de la legitimación negocial a los representantes sindicales de los funcionarios públicos perjudica la flexibilidad y la agilidad de la negociación colectiva, y reduce el alcance real de la misma, especialmente en aquellas Administraciones menores en las que los sindicatos carezcan de representatividad entre su personal. Para la superación de esta situación, a juicio de la Comisión, como mínimo, el Estatuto habría de plasmar el derecho de los miembros de la Junta de Personal o Delegados del personal funcionario a participar en las Mesas de negociación, con voz pero sin voto.

(49) Los aspectos a precisar por el Estatuto serían los siguientes: determinación de la condición de elector y elegible; modalidad del sufragio, siempre personal, libre, directo y secreto; requisitos para la presentación de candidaturas; sistema de listas; supuestos de sustituciones, revocaciones, dimisiones y extinción de los mandatos; funciones de las mesas electorales; votación y escrutinio; sistema de cómputo y certificación de los resultados, y previsión de un procedimiento arbitral para la resolución de las impugnaciones en materia electoral.

Más allá de lo que acaba de decirse, resulta muy acertada la propuesta de la Comisión animando a los sindicatos y a la Administración a negociar en la Mesa General de las Administraciones Públicas la posibilidad de otorgar legitimación negociadora a los órganos de representación de los funcionarios públicos en ciertos ámbitos, significativamente, en los ya mencionados ámbitos locales en los que no exista una presencia sindical efectiva. De este modo, el acuerdo adoptado vendría a completar la legislación básica en tal sentido<sup>50</sup>.

### **a) Entidades competentes en el ámbito de la Administración Local**

Es evidente que cada una de las Administraciones territoriales ha de tener capacidad reconocida para negociar en el ámbito de sus competencias. En ejercicio de su autonomía, las distintas Administraciones establecerán el ámbito de las Mesas de negociación y los órganos o entidades dependientes de ellas a las que atribuirán la oportuna competencia para negociar.

Ahora bien, por muy obvias que sean estas consideraciones, lo cierto es que distan de ser una realidad en los municipios más pequeños. En la mayoría de estos municipios no tiene lugar negociación colectiva alguna, mientras que en otros casos la viabilidad del procedimiento de negociación exige que se desarrolle en ámbitos supramunicipales, incluso en un marco provincial o autonómico.

Por ello, la Comisión estima necesario que se reconozca legitimación negociadora a las asociaciones de municipios y a las Entidades Locales de ámbito supramunicipal, mediante la adhesión previa o sucesiva de municipios a la negociación colectiva en el marco de sus competencias.

### **b) Posibilidad de creación de órganos técnicos especializados en la negociación colectiva**

Sin perjuicio de la capacidad negociadora de las Administraciones Públicas, tomando como ejemplo la práctica experimentada en otros países de nuestro entorno, la Comisión ha puesto el acento en la utilidad de la creación de órganos técnicos especializados en la negociación colectiva. La puesta en marcha de este tipo de órganos dotaría a las Administraciones Públicas de mayores dosis de agilidad y de profesionalidad en el desarrollo de la negociación colectiva.

En consecuencia, el Estatuto debería legitimar a las Administraciones o a las leyes correspondientes para la creación de este tipo de órganos de naturaleza estrictamente técnica. Estos órganos ejercerían sus funciones de representación de conformidad con las ins-

(50) Si se alcanzase el acuerdo señalado, cuando las organizaciones sindicales y la representación unitaria manifesten su voluntad de participar en la negociación, tal como señala la Comisión, dicha negociación se desarrollaría con el interlocutor que la Administración competente eligiese al efecto. En su caso, la representación unitaria expresaría su voluntad por mayoría de sus miembros.

trucciones recibidas de la Administración competente, sometiendo los acuerdos por ellos alcanzados a la ratificación por los órganos de gobierno o administrativos competentes en cada caso.

### **E) Estructura general de la negociación colectiva. La conveniencia de crear una Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas**

La Comisión no ha apreciado razones de peso para modificar la estructura actual de Mesas generales de negociación para cada una de las Administraciones, y Mesas sectoriales para la negociación de condiciones específicas que no hayan sido determinadas por la Mesa general, siempre que se permita la creación de Mesas sectoriales en los supuestos en los que resulten verdaderamente necesarias.

Por lo que respecta al funcionamiento de las Mesas negociadoras, la Comisión ha efectuado una serie de propuestas que deberían ser acogidas por el Estatuto Básico, con el fin de resolver algunos problemas prácticos que plantea el régimen vigente en este aspecto<sup>51</sup>.

Sin embargo, junto a las condiciones de trabajo propias de cada Administración, existen otras materias nada desdeñables que corresponde regular al Estado, pero que afectan a los funcionarios de todas las Administraciones públicas. Sin ir más lejos, en su momento, sería obligado negociar algunos contenidos del futuro Estatuto Básico. Por poner algún ejemplo más inmediato, también el Estado es competente para condicionar los incrementos retributivos de los empleados públicos a través de sus Leyes de Presupuestos Generales.

Junto a las aludidas competencias estatales para la determinación de aspectos de aplicación al conjunto de las Administraciones, por otro lado, también las Comunidades Autónomas son competentes para regular materias que afectan a todos sus empleados, a los de sus Entidades locales o a los de las Universidades dependientes de ellas.

Esta realidad pone de manifiesto la necesidad de crear un marco que permita la negociación común y coordinada entre todas las Administraciones. A tal efecto, la Comisión considera conveniente la creación de una Mesa General con representación de todas las Administraciones Públicas. Más aún, la Comisión ha efectuado una serie de propuestas

(51) En concreto, la Comisión considera que el Estatuto debería limitar el número de miembros de la Mesa negociadora a un máximo de doce o quince para cada una de las partes.

En cuanto a la representación de los funcionarios en las Mesas, como mínimo, debe garantizarse la presencia de un representante de cada organización sindical con legitimación para negociar, otorgando el resto de puestos en la Mesa de manera proporcional a los resultados electorales en el ámbito de que se trate.

Para la válida constitución de la Mesa será necesario, según propone la Comisión, que las organizaciones sindicales presentes representen al menos a la mayoría absoluta de los miembros de las Juntas de Personal y Delegados de Personal de la concreta unidad de referencia.

Los acuerdos de la Mesa negociadora se adoptarán por voto favorable de la mayoría de sus miembros, que representen a los funcionarios.

concretas relativas a la composición de esta Mesa. Así, la legitimación para negociar correspondería a la Administración General del Estado, que previamente habría de coordinar su posición con las Comunidades Autónomas y con los representantes de la Administración Local en el foro adecuado. Por parte de los empleados públicos, la legitimación para negociar en la Mesa General de las Administraciones Públicas correspondería a las organizaciones sindicales más representativas a nivel sindical y autonómico, así como a los sindicatos que hayan obtenido cierta representación en el ámbito correspondiente.

Asimismo, por las razones ya señaladas, el Estatuto debería contemplar la opción de crear una estructura similar en el ámbito de cada Comunidad Autónoma, para la negociación de las condiciones de trabajo comunes a sus empleados, a los de las Entidades Locales de su territorio y, en su caso, a los de las Universidades dependientes de las primeras.

### F) El contenido de la negociación colectiva

Indiscutiblemente éste es un elemento central de la negociación colectiva de los funcionarios públicos, por lo que su regulación no podía faltar del Estatuto Básico del Empleado Público.

Por añadidura, el pronunciamiento del Estatuto sobre este aspecto resulta aún más necesario, si cabe, teniendo en cuenta que las disposiciones vigentes sobre las materias negociables (artículo 32 de la LORAP) distan de ser claras, y que la interpretación jurisprudencial de las mismas ha arrojado escasa claridad.

El Estatuto debe precisar con claridad qué materias pueden ser objeto de negociación<sup>52</sup> y qué otras deben quedar excluidas de

**SE DEBEN EXCLUIR  
DE LA NEGOCIACIÓN  
COLECTIVA LAS  
DECISIONES VINCULADAS  
A LAS POTESTADES  
ADMINISTRATIVAS DE  
ORGANIZACIÓN YA QUE  
COMPRENEN PODERES  
DE ESTRUCTURACIÓN DE  
COMPETENCIAS**

(52) Según la recomendación de la Comisión, dentro de cada uno de los ámbitos específicos y en el marco de las competencias de cada Administración Pública, deberán ser objeto de negociación las siguientes materias:

- El incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que proceda incluir en el Proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año.
- La determinación y aplicación de las retribuciones de los funcionarios.
- Los criterios generales de los planes y fondos para la formación y promoción interna.
- Los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas.
- Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación.
- La fijación de los criterios generales de acción social y aquellas materias en que así se establezca en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

la misma, diferenciando en este último caso entre las materias que deben ser objeto de consulta a las organizaciones sindicales y aquellas otras en las que ni siquiera existe este derecho de consulta.

Concretamente, la Comisión señala que el Estatuto debe excluir de la negociación colectiva las decisiones vinculadas a las potestades administrativas de organización, bien entendido que dichas potestades comprenden poderes de estructuración de competencias y de órganos administrativos, de elección de modalidades de gestión y de dotación de medios. En todo caso, si las decisiones a adoptar en los ámbitos referidos inciden en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, es preciso consultar a las organizaciones sindicales con capacidad para negociar.

Asimismo, la Comisión sostiene que el Estatuto ha de efectuar mención expresa de otras materias excluidas de la negociación colectiva y de la consulta a las organizaciones sindicales. Según el criterio de la Comisión, pertenecen a este ámbito de exclusión, por un lado, la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, así como el procedimiento de formación de actos y disposiciones administrativas. Por otro lado, queda excluida igualmente la regulación de las condiciones de empleo del personal directivo, pues, con carácter general, corresponderá a este colectivo ejercer funciones de representación de la Administración en la negociación colectiva. Por último, y a diferencia de lo previsto por el Proyecto de Estatuto de 1999, otra de las exclusiones propuestas por la Comisión es la relativa a la determinación de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y promoción profesional.

### **G) Pactos, Acuerdos y negociación sobre proyectos de ley**

En línea de continuidad con la legislación vigente y con una jurisprudencia muy reiterada, la Comisión considera que el Estatuto ha de reflejar claramente la diferencia entre Pactos y Acuerdos alcanzados en la negociación colectiva de los funcionarios públicos, según que versen sobre materias de competencia de los órganos administrativos o de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas<sup>53</sup>.

A su vez, en el caso de los Acuerdos relativos a materias reservadas a la ley, el Estatuto debe disponer que su eficacia se agote con el cumplimiento por el órgano de gobierno competente de la obligación de aprobar y enviar al Parlamento el proyecto de ley que recoja lo acordado.

- Las materias que afecten a las retribuciones y a las condiciones de trabajo de los funcionarios y cuya regulación exija norma con rango de ley.
- Criterios generales sobre ofertas de empleo público.
- Las materias referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos y movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos.”

(53) En este sentido, la Comisión precisa que, en el caso de la Administración Local, se consideran órganos de gobierno, el Pleno, el Alcalde o Presidente y la Junta de Gobierno Local de las Corporaciones u órganos asimilados de las entidades supramunicipales.

Si, por el contrario, los Acuerdos o Pactos tratan sobre materias que no precisan ser reguladas por una ley, pero tienen contenido normativo, el Estatuto habría de posibilitar que las partes convengan bien sobre la eficacia normativa directa de los mismos, o bien sobre la necesidad de elaborar un texto reglamentario que recoja el contenido de tales Acuerdos. En el primer caso, la eficacia normativa de los Pactos y Acuerdos –tras la ratificación de los segundos– quedaría condicionada a su publicación en el Boletín Oficial pertinente. En el segundo caso, puesto que los Pactos y Acuerdos carecen de eficacia normativa, no requieren publicación oficial, por lo que dispondrían de la eficacia obligacional que en su caso corresponda.

### **H) Vigencia de los Acuerdos. Solución extrajudicial de conflictos surgidos en el proceso de negociación o en la aplicación de Pactos y Acuerdos**

De entrada, tal como afirma la Comisión, los Pactos y Acuerdos deben tener un plazo concreto de vigencia. Si bien, esta regla general se excepciona en el caso de que el contenido de Pactos o Acuerdos haya de transformarse en una norma, ya sea de rango legal o de rango reglamentario, que se rigen por las reglas generales sobre vigencia de normas jurídicas.

Con carácter general, la Comisión estima que el Estatuto Básico del Empleado Público debe otorgar vigencia plurianual a Pactos y Acuerdos, a excepción de las disposiciones relativas a aumentos retributivos, que deban ser determinados por los presupuestos generales de cada Administración Pública.

Agotado el plazo de vigencia señalado sin que se haya resuelto sobre la sustitución, prórroga o renovación de Pactos o Acuerdos, la Comisión propone que el Estatuto disponga la ampliación de su vigencia hasta un máximo de seis meses. Transcurrido este último plazo, la Administración competente estaría habilitada para regular unilateralmente las condiciones de trabajo contempladas por los Pactos o Acuerdos en cuestión.

Por último, la salvaguarda de graves exigencias de interés público derivadas de una modificación esencial de la situación económica o de la obligación de cumplir compromisos internacionales o supranacionales, aconseja una previsión estatutaria como la propuesta por la Comisión, admitiendo la posibilidad de variar el contenido de Acuerdos antes de concluir el plazo general de vigencia. A tal efecto, tras el intento de renegociación en la Mesa correspondiente, el Estatuto debería autorizar al Gobierno del Estado o de la Comunidad Autónoma para modificar o revisar tales Acuerdos, en la medida imprescindible para atender el interés público o los compromisos mencionados.

La futura aprobación de un Estatuto Básico del Empleado Público no debería dejar pasar la ocasión de contemplar un sistema de solución extrajudicial de conflictos colectivos que mejore las previsiones de la regulación actual. En este sentido, conviene recordar que el artículo 38 de la LORAP se limita a la previsión de un sistema de mediación voluntaria en los supuestos en que no se logre un acuerdo en la negociación o se planteen conflictos en el cumplimiento de Pactos o Acuerdos.

Al respecto, la Comisión plantea tomar como referencia las previsiones de la regulación laboral, de modo que se incorporen al ámbito que nos ocupa procedimientos de mediación y arbitraje. En todo caso, advierte la Comisión que estas alternativas para la solución de conflictos no pueden suponer merma alguna de la eficacia jurídica de Pactos y Acuerdos, de manera que faciliten a una de las partes la posibilidad de obtener resultados que no pudo lograr en la correspondiente Mesa negociadora.

En conclusión, de conformidad con la opinión de la Comisión, el Estatuto debería contemplar la posibilidad de acudir a procedimientos de mediación y de arbitraje para la solución de conflictos derivados de la negociación o de la aplicación e interpretación de Pactos o Acuerdos. La mediación sería obligatoria cuando la solicitase una de las dos partes, excepto en caso de negociación de proyectos de ley. Por su parte, el arbitraje exigiría la conformidad de las dos partes, puesto que el laudo arbitral tendría carácter vinculante.

### **I) La negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas**

A lo largo de estas páginas se ha insistido en diversas ocasiones en la conveniencia de aproximación, que no unificación, del régimen de funcionarios y laborales. Pues bien, sin perjuicio de la propuesta ya mencionada de creación de órganos comunes para la negociación de condiciones de trabajo similares a ambos colectivos de personal, la negociación colectiva del personal laboral constituye una de las cuestiones que ha de regirse por las disposiciones propias de la legislación laboral. Pero, a su vez, como es obvio, la negociación colectiva no puede desarrollarse sin más en los términos previstos por el Estatuto de los Trabajadores, pues necesariamente el ejercicio de este derecho ha de resultar condicionado por la cualidad de la organización en la que presta sus servicios este colectivo de personal. En este sentido, como recuerda la Comisión, los convenios colectivos deben ajustarse a los límites establecidos por las respectivas leyes de Presupuestos, so pena de inaplicabilidad de las cláusulas que contravengan tales límites. A tal efecto, las Administraciones Públicas podrán llevar a cabo una fiscalización previa de los convenios colectivos con el fin de comprobar si respetan los límites presupuestarios.

A su vez, los convenios colectivos podrán ser modificados o revisados de forma unilateral por el Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en las mismas circunstancias y con el mismo alcance referidos en relación con los Pactos y Acuerdos en el caso de los funcionarios.

### **J) Derecho de reunión**

A diferencia de la regulación dual que ahora existe del derecho de reunión con fines sindicales, la Comisión sostiene que este derecho debe ser regulado unitariamente para funcionarios públicos y empleados laborales. No obstante, a juicio de la Comisión, sería conveniente que la regulación estatutaria se abstuviese de excesivos detalles en cuestiones de forma o procedimiento, que podrían ser desarrolladas por leyes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas o mediante negociación colectiva.

### XV. CÓDIGO ÉTICO Y DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

En el sistema vigente, los deberes y obligaciones de los empleados públicos carecen de una regulación completa y estructurada. A su vez, los escasos preceptos relativos a tales deberes se encuentran dispersos por diversas normas.

Las circunstancias expuestas se compaginan mal con un modelo de gestión de los servicios orientado a la satisfacción de las demandas ciudadanas, que debe suscitar la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y que, en definitiva, debe ser un ejemplo de buena administración, en correspondencia con el derecho de los ciudadanos a la protección de sus intereses en sus relaciones con las Administraciones Públicas<sup>54</sup>. Este conjunto de principios señalados constituye el caldo de cultivo en el que han ido elaborándose códigos éticos y de conducta de los empleados de distintas organizaciones<sup>55</sup>.

Tomando como referencia los documentos y códigos citados, la Comisión ha extraído un conjunto de principios de conducta que han de servir para concretar el elenco de deberes de todos los empleados públicos, de cualesquiera Administraciones y Entidades Públicas. Se trata de principios conocidos y presentes –aun implícitamente– en el ordenamiento del empleo público. Sin embargo, tal como ha entendido la Comisión, resulta muy conveniente hacer una formulación expresa de los mismos: la protección del interés público de acuerdo con el ordenamiento jurídico, la lealtad institucional, la imparcialidad y objetividad, la integridad, honestidad y ejemplaridad, la austeridad, la profesionalidad, la iniciativa, diligencia y receptividad, la responsabilidad y la transparencia y, en su caso, la confidencialidad.

(54) Sobre el componente ético que debe acompañar las reformas administrativas para ganar la confianza pública de los ciudadanos en las Instituciones y en la Administración, vid. J.A. FUENTETAJA PASTOR y J. GUILLÉN CARAMES, *La regeneración de la Administración Pública en Gran Bretaña*, Madrid, 1996; L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Virtudes públicas: ser honesto ... y parecerlo (reflexiones de urgencia sobre el Informe Nolan)”, en *Méritos o Botín y otros retos jurídicos de la democracia*, Elcano (Navarra), 2000, págs. 71 y ss.; A. PALOMAR OLMEDA, “Derechos y deberes de los funcionarios”, en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (Dir.), *La Administración Pública española*, Madrid, 2002, págs. 867 y ss., y F. SAINZ MORENO, “Ética pública positiva”, en AAVV, *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Madrid, 2004, págs. 517 y ss.

(55) El Informe de la Comisión hace referencia al impulso dado desde la OCDE y desde el Consejo de Europa a sus Estados miembros para que asuman este tipo de códigos.

Por otro lado, también el Informe de la Comisión menciona el Código de Buen Gobierno para los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración General del Estado (adoptado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005). A su vez, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, ordena al Ministerio de Economía y Hacienda elaborar un código de buenas prácticas en las empresas públicas, y ordena igualmente al Ministerio de Administraciones Públicas elaborar un código de conducta para los empleados públicos implicados en procedimientos de contratación.

**EL ELENCO DE DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS SE BASA EN PRINCIPIOS TALES COMO LA LEALTAD INSTITUCIONAL, LA IMPARCIALIDAD Y OBJETIVIDAD, LA INTEGRIDAD, LA HONESTIDAD Y LA EJEMPLARIDAD**

Partiendo de los principios citados, la Comisión ha elaborado un catálogo de deberes básicos de todos los empleados públicos que podría ser acogido por el Estatuto Básico del Empleado Público<sup>56</sup>. De este modo, además de superar la actual situación de carencias y dispersiones normativas al respecto, tal previsión estatutaria supondría un paso más en la unificación del régimen aplicable a funcionarios y laborales, especialmente necesaria en este ámbito. Todo ello, sin perjuicio del margen de acción que el Estatuto haya de reservar a las distintas Administraciones para que particularicen las exigencias éticas propias de determinados colectivos concretos.

## **XVI. EL SISTEMA DE INCOMPATIBILIDADES**

### **A) La regulación de las incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas**

La regulación del sistema de incompatibilidades se encuentra en estrecha conexión con los principios éticos y funcionales del empleo público expuestos en el apartado anterior.

Evidentemente, el sistema de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas debe ser objeto de regulación por el Estatuto. Al respecto, la posición de la Comisión responde fielmente a dos de las ideas fuerza que han inspirado sus propuestas sobre el contenido y alcance de las disposiciones estatutarias. Por un lado, la aproximación y unificación parcial de los regímenes de funcionarios públicos y de contratados laborales. Por otro lado, un óptimo grado de flexibilidad en las previsiones del Estatuto, que no deben agotar por sistema la materia regulada.

(56) A juicio de la Comisión, el Estatuto debe incluir el siguiente catálogo de deberes básicos:

- Respetar la Constitución, los Estatutos de Autonomía y el resto del ordenamiento jurídico.
- Deberes de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones y de servicio con objetividad de los intereses generales.
- Promover el respeto a la igualdad entre hombres y mujeres en el servicio público.
- Obedecer las instrucciones y órdenes de los superiores, salvo cuando se trate de órdenes manifiestamente ilegales.
- Cumplir con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden, y, en su caso, resolver dentro de plazo los procedimientos o expedientes de su competencia.
- Deber de colaboración con los superiores y compañeros.
- Cumplir la jornada y el horario establecidos.
- Guardar secreto de aquellas informaciones que tengan dicho carácter según la legislación en vigor.
- Deber de discreción en relación con aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público.
- Deber de información a los ciudadanos sobre todas aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer, así como facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.
- Tratar con atención y respeto a los ciudadanos y a sus superiores, compañeros y subordinados.
- No contraer obligaciones económicas o de otro tipo con personas o entidades que puedan desviarles del cumplimiento de sus deberes.
- Declarar cualquier interés propio relacionado con el ejercicio de sus funciones, aunque no entrañe un conflicto de intereses.
- Abstenerse en aquellos asuntos en que tengan un interés personal conforme a la legislación vigente.
- No utilizar los recursos y bienes de la Administración en provecho propio o de personas allegadas y deber de velar por su conservación.
- Deber de formación profesional, en los términos que se establezca.
- Observar las normas de seguridad y salud laboral.”

Respecto de la primera cuestión, conviene tener presente que la vigente Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, hizo ya patente la señalada voluntad de unificación. Por añadidura, la trascendencia del sistema de incompatibilidades en la relación de servicio exige garantizar adecuadamente la igualdad básica de todos los empleados públicos.

A su vez, la incidencia del régimen de incompatibilidades en el derecho constitucional al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio nos lleva a conectar con la cuestión relativa al grado de intensidad de la regulación estatutaria. En este caso, tal como afirma la Comisión, la relevancia del sistema de incompatibilidades exige y justifica una mayor densidad normativa que, no obstante, habrá de ser compatible con la opción de las Comunidades Autónomas de particularizar la regulación de los supuestos de incompatibilidad basados en el mantenimiento de la eficacia administrativa.

Sin perjuicio del margen de flexibilidad propio de algunas de las disposiciones estatutarias, en todo caso, la regulación que el Estatuto haga del sistema de incompatibilidades habrá de tener inexcusablemente carácter básico. Esto significa, tal como se ha encargado de resaltar la Comisión, que las disposiciones estatutarias no podrán ser desvirtuadas mediante leyes especiales aplicables a funciones específicas para colectivos de personal pertenecientes a cualesquiera Administraciones, órganos o entidades del ámbito público. En otras palabras, no serán admisibles más excepciones a la regulación general que las previstas por el Estatuto.

Por lo demás, la Comisión no ha apreciado la necesidad de introducir cambios significativos en la actual regulación del sistema de incompatibilidades, que sería asumida por el Estatuto Básico del Empleado Público, con independencia de que algunas de sus disposiciones puedan ser completadas o desarrolladas en determinados ámbitos y sectores del empleo público.

### **B) Incompatibilidad entre actividades públicas**

La Comisión comparte el criterio restrictivo con que la Ley de Incompatibilidades de 1984 contempla la posibilidad de compatibilizar el puesto de trabajo principal con una segunda actividad en el sector público.

Puesto que considera acertada y justificada objetivamente la normativa vigente de los supuestos de compatibilidad, la Comisión estima que el Estatuto ha de recoger la regulación actual sobre incompatibilidades entre dos o más actividades.

### **C) Incompatibilidades en garantía de la imparcialidad**

En este apartado, la Comisión sigue la tónica de proponer que el Estatuto se haga eco de los aspectos esenciales del régimen vigente sobre incompatibilidades de los empleados públicos con actividades privadas que puedan plantear conflictos de intereses, apartarles del cumplimiento de sus deberes o mermar su imparcialidad.

No obstante, la Comisión señala la conveniencia de desarrollar las disposiciones generales en determinados ámbitos y sectores del empleo público. En particular, la regulación de las incompatibilidades debería ser especialmente restrictiva en los casos de empleados con funciones de adjudicación de contratos, autorización, otorgamiento de licencias, subvenciones y otros derechos, inspección y sanción de sujetos privados, y también para quienes presten sus servicios a autoridades u organismos de regulación y control de los mercados.

#### **D) Incompatibilidad con otras actividades privadas**

Con carácter general, la Comisión resalta la necesidad que el Estatuto condicione el reconocimiento de compatibilidad para el desempeño de actividades privadas a la falta de asignación de complementos retributivos de incompatibilidad o dedicación exclusiva al puesto de trabajo ocupado en el sector público. Además, el reconocimiento de compatibilidad debe quedar subordinado, en todo caso, al cumplimiento íntegro del horario y jornada laboral en la Administración, así como a la evaluación positiva del desempeño de las funciones correspondientes. En caso contrario, la Administración debería proceder a revocar la autorización o reconocimiento de compatibilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión se muestra partidaria de que el Estatuto mantenga los regímenes especiales vigentes (personal docente universitario y personal sanitario), junto con el régimen de excepciones previsto por la Ley de Incompatibilidades de 1984.

### **XVII. PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO**

#### **A) Fundamento y principios básicos del régimen disciplinario**

En sintonía con un reputado sector doctrinal, la Comisión se ha mostrado crítica con la funcionalidad práctica del régimen disciplinario vigente. Por un lado, la Comisión considera insuficiente la regulación de determinados aspectos del régimen disciplinario, por otro lado, señala que se siguen principios y procedimientos demasiado garantistas, que impiden que la potestad disciplinaria cumpla eficazmente su función<sup>57</sup>.

A juicio de la Comisión, las disfunciones señaladas derivan de la aplicación sistemática al régimen disciplinario de principios y reglas típicas del Derecho administrativo sancionador general, extraídas a su vez del Derecho penal. El problema reside en que el Derecho administrativo sancionador se orienta a la garantía de fines públicos o bienes jurídicos de interés general, pero resulta menos idóneo para asegurar el buen funcionamiento de los servicios de la organización administrativa.

(57) En este sentido, vid. F.A. CASTILLO BLANCO y R.M. ILDEFONSO HUERTAS, "La renovación de la dogmática del Derecho disciplinario a propósito de las infracciones y sanciones del personal estatutario de la Seguridad Social", *Revista de Administración Pública*, núm. 158, 2002, y P. ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, *El ejercicio privado de la fe pública notarial*, Madrid, 2003, págs. 361 y ss.

En consecuencia, la Comisión entiende que el régimen disciplinario debe ser objeto de una regulación más acorde con su finalidad esencial. Dicha regulación debería basarse en los principios del artículo 103 de la CE y en el Derecho del trabajo. Bien entendido que, siendo la finalidad específica del régimen disciplinario de los empleados públicos la garantía del buen funcionamiento de la organización administrativa y de los servicios que presta, ésta no es razón que autorice la inaplicación a este ámbito de los principios y reglas esenciales del Derecho administrativo sancionador, sino que simplemente aconseja flexibilizar la legislación vigente y aproximarla al Derecho laboral.

### **B) Principios sustantivos que deben incluirse en el Estatuto Básico**

En base a las consideraciones anteriores, la Comisión propone que el Estatuto establezca una serie de principios generales del régimen disciplinario aplicables a todos los empleados públicos, remitiendo para su desarrollo a leyes y reglamentos en el caso de los funcionarios, y a los convenios colectivos para el personal laboral.

Fiel a la idea de un Estatuto de “mínimos”, entiende la Comisión que éste ha de abstenerse de llevar a cabo una regulación excesivamente detallada. Bastaría, pues, que el Estatuto efectuase una formulación genérica de los principios y reglas básicas del régimen disciplinario, que no alcanzaría, por ejemplo, a la tipificación de las infracciones sancionables. Dichas infracciones serían determinables a partir de los principios de conducta de los empleados públicos recogidos en el Estatuto, de forma inversa al proceso seguido hasta ahora para su tipificación.

A juicio de la Comisión, el Estatuto debería plasmar los siguientes principios del régimen disciplinario:

- Principios de legalidad y tipicidad, o predeterminación normativa de infracciones y sanciones, mediante convenios colectivos en el caso del personal laboral.
- Principios de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables y retroactividad de las favorables.
- Principio *non bis in idem*, que prohíbe la aplicación de dos o más sanciones por unos mismos hechos y la tramitación de

**LA SEPARACIÓN DE LAS FASES DE INSTRUCCIÓN Y RESOLUCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR SÓLO SERÁ OBLIGATORIA EN CASO DE FALTAS SUSCEPTIBLES DE SER CASTIGADAS CON LAS SANCIONES MÁS GRAVES**

un procedimiento disciplinario pendiente la instrucción penal, si la sanción disciplinaria tuviese el mismo fundamento que la pena de posible aplicación.

- Principio de proporcionalidad en la regulación de infracciones y sanciones, así como en la aplicación de las mismas.
- Principios de culpabilidad y presunción de inocencia.
- Reglas básicas de prescripción de infracciones y sanciones disciplinarias.

### **C) Previsión estatutaria de las sanciones disciplinarias**

Tal como señala la Comisión, la regulación estatal de las sanciones disciplinarias resulta claramente desfasada. De ahí que numerosas leyes de las Comunidades Autónomas, e incluso algunas leyes especiales del Estado hayan procedido a actualizar el conjunto de sanciones disciplinarias aplicables en su ámbito.

Por ello, la Comisión estima que el Estatuto ha de recoger un listado más flexible de sanciones disciplinarias de posible aplicación, acorde con las propuestas de un sistema de promoción profesional y evaluación del rendimiento de los empleados. La regulación estatutaria se limitaría a determinar un catálogo de sanciones, remitiendo a las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas la elección de las que resulten aplicables en cada caso, así como la determinación de la duración y efectos de las mismas.

El elenco de sanciones disciplinarias a contemplar por el Estatuto sería el siguiente:

- Separación del servicio de los funcionarios públicos, únicamente por la comisión de infracciones muy graves.
- Despido disciplinario del personal laboral, determinante de la inhabilitación para poder acceder a otro contrato laboral durante un período de tiempo variable según la gravedad de la infracción cometida.
- Suspensión de empleo y sueldo por un período máximo de seis años.
- Traslado forzoso, con o sin cambio de residencia, por un período de tiempo variable, y sin derecho a indemnización.
- Prohibición temporal de participar en procedimientos de provisión de puestos de trabajo, de movilidad voluntaria o de evaluación para el ascenso de categoría.
- Apercibimiento.
- Cualquier otra contemplada por la ley aplicable.

### D) Agilización del procedimiento sancionador

El procedimiento disciplinario adolece de excesiva rigidez en su tramitación. En buena medida, esta circunstancia deriva, como señala la Comisión, de la configuración del régimen disciplinario como una manifestación más del poder punitivo público. El carácter excesivamente garantista del procedimiento disciplinario merma eficacia a la sanción de las conductas infractoras cometidas por los empleados públicos.

En virtud de las circunstancias expuestas, la Comisión considera necesario proceder a una nueva configuración del procedimiento disciplinario que, sin perjuicio del respeto de los principios de audiencia y contradicción, resulte mucho más ágil y flexible.

Al efecto señalado, entre las disposiciones mínimas del Estatuto debe quedar patente la inspiración del procedimiento disciplinario en los principios de economía procesal y celeridad, que no ha de perjudicar el respeto de los derechos y garantías de defensa del inculpado.

En aras de mayor agilidad en la tramitación del procedimiento disciplinario, conviene superar la situación actual que no contempla diferencias en la tramitación de dicho procedimiento en función de la gravedad de la infracción a sancionar. Según la propuesta de la Comisión, la separación entre las fases de instrucción y resolución –y la atribución separada de competencias a órganos o funcionarios distintos– únicamente sería obligatoria en caso de faltas susceptibles de ser castigadas con las sanciones más graves. En supuestos distintos del anterior, bastaría con que el expedientado pueda alegar y solicitar la práctica de las pruebas que estime adecuadas en el trámite de audiencia. Por el contrario, tratándose de sanciones leves, la garantía de los derechos de defensa del inculpado resultaría satisfecha permitiéndole realizar alegaciones previas a la resolución.

Además de los aspectos referidos, la Comisión manifiesta la necesidad de que el Estatuto contemple la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el procedimiento disciplinario. En este sentido, conviene recordar que las medidas provisionales pueden acordarse con carácter general en los procedimientos administrativos (artículo 72 de la LRJPAC), si bien, su adopción en los procedimientos sancionadores resulta condicionada a la previsión expresa de tal posibilidad por la norma que regule el procedimiento<sup>58</sup>. Por otro lado, no estaría de más que el Estatuto contemplase la posibilidad de adoptar medidas provisionales con carácter previo a la iniciación del procedimiento disciplinario<sup>59</sup>. En cuanto al contenido posible de tales medidas provisionales, la Comisión propone incluso que el

(58) Vid. artículo 136 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y artículo 15 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

(59) De conformidad con el artículo 72.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la adopción de estas medidas debe estar prevista por una norma con rango de ley.

Estatuto haga mención expresa de la suspensión provisional del empleado. No obstante, sería conveniente que dicha mención fuese acompañada de la previsión de la posibilidad de adoptar otras medidas provisionales distintas.

En lo relativo a la intervención en el procedimiento disciplinario de representantes de los trabajadores y denunciante perjudicados, la Comisión considera adecuado que el Estatuto se remita a lo dispuesto por la legislación laboral y por otras normas de aplicación<sup>60</sup>.

(60) Téngase en cuenta que, con carácter general, en el procedimiento sancionador administrativo el denunciante sólo tiene derecho a que se le comunique la iniciación o no del procedimiento, siempre que haya presentado denuncia acompañada de solicitud de iniciación (artículo 11.2 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora).

# La técnica del alejamiento de actividades clasificadas en las Comunidades Autónomas y otras cuestiones suscitadas por la STS de 19 de julio de 2004

RENÉ JAVIER SANTAMARÍA ARINAS<sup>1</sup>

Profesor de Derecho  
Administrativo en la Universidad  
Pública de Navarra

## Sumario:

**I. Introducción. II. Intervención parlamentaria en la aprobación del plan. III. Sometimiento del plan a evaluación de impacto ambiental. IV. Infracción de la normativa estatal sobre actividades clasificadas.** A) Sobre la aplicación en Navarra de la regla de las distancias del RAMINP. B) Sobre la doctrina de la STS de 1 de abril de 2004. **V. Conclusión.**

## I. INTRODUCCIÓN

Con estas líneas me propongo analizar las principales cuestiones jurídicas que plantea la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004, que ha procedido a anular parcialmente el Plan Gestor de Residuos Especiales de Navarra. Es éste un instrumento de planificación sectorial creado por la Ley Foral 13/1994, de 20 de septiembre, de gestión de los residuos especiales de Navarra (LFREN, en adelante). Recordemos brevemente que dicha Ley se dictó bajo la vigencia de la Ley 20/1986, de 14 de mayo, básica de residuos tóxicos y peligrosos, que sería derogada doce años después. La LFREN estaba estructurada en tres Capítulos referidos a “disposiciones generales”, “gestión de los residuos especiales” y “responsabilidades y régimen de infracciones y sanciones”, respectivamente<sup>2</sup>. El

(1) Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Pública de Navarra y en el Master Interactivo a distancia por internet de Derecho Ambiental de la Sociedad de Estudios Vascos-Eusko Ikaskuntza.

(2) Con posterioridad, la LFREN sufriría dos modificaciones. La Ley Foral 1/1999, de 2 de marzo, de medidas administrativas de gestión medioambiental, incorporó un Anexo I relativo a los “Métodos aplicables en el tratamiento de los residuos especiales”. Sin embargo, dentro de las “operaciones de eliminación” no se incluyó entonces la incineración. La muy coyuntural Ley 1/2001, de 13 de febrero, vino a cubrir esta laguna que tal vez hubiera pasado inadvertida de no haber sido por la incidencia que también en Navarra tuvo la “crisis de las vacas locas”.

núcleo central de la LFREN era, sin duda, el Capítulo II que, a su vez, aparecía dividido en cuatro Secciones. La primera versaba, precisamente, sobre el Plan Gestor de los Residuos Especiales (artículo 6), la Segunda sobre la gestión privada de este tipo de residuos (artículos 7 a 11<sup>3</sup>), la Tercera sobre su gestión pública (artículos 12 y 13<sup>4</sup>) y la Cuarta sobre control, inspección y colaboración de la Administración (artículo 14).

Importa ahora retener los rasgos esenciales que derivan de la caracterización legal del Plan Gestor de Residuos Especiales. En cuanto a su finalidad, pretendía “subordinar la gestión de los residuos calificables como especiales<sup>5</sup> a los objetivos a que se refiere el artículo 2” de la propia Ley<sup>6</sup> (artículo 6.1 LFREN). En cuanto a su contenido, el Plan Gestor había de especificar “los tipos de residuos especiales que se generen en Navarra, su cantidad, origen, tendencias, acciones de tratamiento o desarrollo y medios de toda índole destinados a estos fines. Asimismo debe contener programas de divulgación e información” (artículo 6.2 LFREN). En cuanto al procedimiento, el Proyecto había de ser elaborado por el Departamento competente y “formulado” por el Gobierno de Navarra quien, tras someterlo a información pública e informe del Consejo Navarro de Medio Ambiente, “aprobará el Plan Gestor y lo remitirá al Parlamento de Navarra para su aprobación” (artículo 6.3 y 4 LFREN). El precepto se cerraba con dos apartados que se referían a la revisión periódica del Plan Gestor —“conforme a sus propias previsiones, siguiéndose el procedimiento previsto en este artículo para su formulación” (artículo 6.5 LFREN)— y a su desarrollo y ejecución —que corresponde “garantizar en todo caso” al Gobierno de Navarra (artículo 6.6 LFREN)—.

Con estos rasgos, no se puede negar que, en el plano formal, quedaba tan poco definida la naturaleza jurídica del Plan como la de los actos requeridos para su aprobación. Con todo, en fin, y en cuanto a su eficacia, conviene no olvidar las tres disposiciones transitorias que le afectaban. La primera pretendía agilizar la aparición del Plan esta-

(3) La gestión privada de estos residuos quedaba sometida a autorización del Consejero competente, “conforme al procedimiento reglamentariamente establecido” (artículo 7.2). Además, la implantación de centros privados de tratamiento de estos residuos requería autorización del Gobierno de Navarra, “que se tramitará a través del procedimiento previsto en la legislación foral de ordenación del territorio para los Proyectos Sectoriales de Incidencia Supramunicipal, junto con la preceptiva Evaluación de Impacto Ambiental” (artículo 7.3). Todo ello sin perjuicio de las licencias urbanísticas y de actividad clasificada (artículo 9).

(4) Para la gestión pública de estos residuos se habilitaba al Gobierno de Navarra para la creación de “una empresa de capital público o mayoritariamente público que ostente la condición jurídica de gestor de residuos especiales” (artículo 12.1). Invocando expresamente este precepto, el Decreto Foral 235/1996, de 3 de junio, procedió a la constitución y aprobación de los Estatutos de Navarra de Medio Ambiente Industrial Sociedad Anónima (NAMAINSA). Las instalaciones promovidas por dicha empresa pública habían de tramitarse también como Proyectos Sectoriales de Incidencia Supramunicipal, junto con la preceptiva Evaluación de Impacto Ambiental, pero tendrían la consideración de “obras públicas de interés general” (artículo 13).

(5) El artículo 1 de la LFREN precisaba la definición de este concepto.

(6) El artículo 2 de la LFREN enumeraba los objetivos de la gestión de los residuos especiales en Navarra, que consistían en hacer efectivo el principio de responsabilidad en la generación de residuos especiales; reducción progresiva de su cantidad y peligrosidad, reutilización y reciclaje, eliminación adecuada, promoción y desarrollo de las instalaciones de tratamiento así como prevenir y evitar el depósito incontrolado de estos residuos y restaurar las áreas degradadas por ellos.

bleciendo unos plazos que finalmente, como veremos, no se cumplieron. La segunda señalaba que “en tanto no esté aprobado el Plan Gestor de Residuos especiales no podrá aprobarse ni autorizarse ninguna nueva instalación de tratamiento, depósito o similar de residuos especiales”. Y la tercera, por su parte, indicaba que “al objeto de garantizar la puesta en marcha y aplicación del Plan Gestor y de los plazos de desarrollo y ejecución de sus previsiones, el Gobierno de Navarra no podrá otorgar autorizaciones administrativas para la gestión, por terceros privados, de residuos que, con arreglo a esta Ley Foral, tengan la consideración de residuos especiales, hasta transcurrido el plazo de tres años, contado a partir de la aprobación del Plan Gestor de Residuos especiales”. Al margen de la consideración que pueda merecer el contenido de estas últimas Disposiciones, de ellas se desprende que, en el plano material, no estamos ante un instrumento político con previsiones meramente indicativas sino ante una auténtica norma jurídica con vocación vinculante tanto para la Administración como para los administrados<sup>7</sup>.

Pues bien; según consta en el preámbulo del Decreto Foral 235/1996, “el día 18 de marzo de 1996 el Gobierno de Navarra aprobó el proyecto de Plan Gestor de Residuos Especiales y acordó remitirlo al Parlamento de Navarra, para su debate y, en su caso, aprobación”. Dos años después, por Acuerdo de 23 de marzo de 1998 el Gobierno de Navarra decide “darse por enterado de la aprobación del Plan Gestor de Residuos Especiales de Navarra realizada por la Comisión de Ordenación del Territorio, Vivienda y Medio Ambiente del Parlamento de Navarra en sesión de los días 20 y 23 de febrero de 1998” así como “ordenar al Departamento del ramo que adopte cuantas disposiciones y medidas sean necesarias para la puesta en marcha y ejecución de las políticas y actuaciones previstas en el Plan Gestor de Residuos Especiales”. Este Acuerdo fue publicado en el Boletín Oficial de Navarra de 6 de abril de 1998 y, tomándolo como acto de aprobación definitiva del Plan, fue impugnado por los Ayuntamientos de Orcoyen y Cendea de Oza y por los Concejos de Arazuri y Ororbia. Más precisamente, lo impugnado era que, entre sus determinaciones, el Plan incluía la instalación de una planta de tratamiento de residuos en la estación depuradora de aguas residuales de Arazuri; previsión que a juicio de los demandantes, infringía diversos pre-

**EL TRIBUNAL  
SUPREMO AFIRMA  
QUE LA JURISDICCIÓN  
CONTENCIOSO-  
ADMINISTRATIVA  
TIENE ATRIBUCIONES  
PARA CONOCER DE LA  
IMPUGNACIÓN DEL PLAN  
GESTOR DE RESIDUOS  
ESPECIALES DE NAVARRA**

(7) En general, sobre los problemas jurídicos que plantea la planificación sectorial de residuos puede verse mi contribución al libro coordinado por I. LASAGABASTER HERRARTE, *Derecho Ambiental. Parte Especial*, IVAP, Oñati, 2004, págs. 127-132 y la más reciente aportación de S. FERNÁNDEZ RAMOS, “Regulación, gestión y control de residuos”, en *Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm 56 (2005), págs. 182-198.

ceptos de las normativas sobre residuos especiales, actividades clasificadas y evaluación de impacto ambiental.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 9 de marzo de 2001 desestimó este recurso. Lo hizo, esencialmente, por entender que “las previsiones que contiene el Plan no vulneran *per se* el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de la fiscalización concreta de los distintos actos y proyectos que culminen sus previsiones que deberán ajustarse a las determinaciones normativas vigentes”. Con todo, contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación que el Tribunal Supremo ha acabado estimando. Así pues, el primer pronunciamiento de la STS de 19 de julio de 2004 que conviene retener es el de la expresa revocación de la sentencia de la Sala de Pamplona y, consecuentemente, la desautorización de su doctrina –poco acorde, desde luego, con las exigencias del principio de prevención ambiental– que posponía a la fase de ejecución del Plan un control judicial que, para entonces, podría ya resultar viciado cuando no imposible o inservible<sup>8</sup>. Por otra parte, e implícitamente puesto que no se hizo cuestión de ello en ninguna de las dos instancias, para el acceso a la Jurisdicción contencioso-administrativa parece irrelevante que el Plan se apruebe por el Gobierno mediante Acuerdo o mediante Decreto<sup>9</sup>. Admitida, pues, en abstracto, la posibilidad de enjuiciamiento directo de las determinaciones de planes de este tipo, son tres las cuestiones a considerar. Las estudiaremos a continuación por separado.

## II. INTERVENCIÓN PARLAMENTARIA EN LA APROBACIÓN DEL PLAN

La primera cuestión de alcance general que plantea la Sentencia que estamos comentando es de carácter procesal pero entraña indiscutible relevancia. En efecto, el Tribunal Supremo advierte que en la elaboración del plan impugnado ha intervenido la Comisión de Ordenación del Territorio, Vivienda y Medio Ambiente del Parlamento de Navarra (conforme a los artículos 6.4 de la LFREN y 197 del Reglamento del Parlamento Foral). Esta observación le lleva a plantear de oficio la eventual procedencia de decretar la inadmisión del recurso por falta de jurisdicción del Orden contencioso-administrativo [artículos 1.1, 1.3.a) y 69 LJ] “en cuanto en él se impugna un Plan aprobado por el Parlamento de Navarra”. Sometida a las partes la cuestión así planteada, el Ministerio Fiscal y el Gobierno de Navarra se habían pronunciado a favor de la inmunidad mientras que los demandantes habían solicitado que se dictara sentencia declarando que no concurría causa de inadmisión o, subsidiariamente, que se planteara cuestión de inconstitucionalidad del artículo 6.4 de la LFREN. Finalmente, la Sala resuelve el incidente afirmando que “esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa tiene, en efecto, atribuciones para conocer de la impug-

(8) Discrepamos así de la valoración de A. RUIZ DE APODACA ESPINOSA, “El Plan Gestor de Residuos Especiales y la aplicabilidad del RAMINP en la Comunidad Foral de Navarra”, RJN, núm. 38, 2005, pág. 157, que defiende la tesis formalista de la Sala de instancia.

(9) Recuérdese que la STC 126/2002, de 23 de mayo, reconoció que, aprobado por un simple Acuerdo del Consejo de Ministros, el Plan Nacional de Residuos Industriales de 1989 no tenía la naturaleza jurídica de norma.

nación del Plan Gestor de Residuos Especiales de Navarra, tal como ha sido formulado, y a la vista de la determinación concreta del Plan que se recurre”.

Como puede apreciarse, estamos ante una afirmación muy matizada. Para llegar a ella, el Tribunal considera que no hay necesidad “de estudiar ni de decidir ahora cuál es el carácter y sentido que tiene la intervención que el Parlamento de Navarra otorga al artículo 6.4 y la Disposición Transitoria Primera de la LFREN”. Y ello porque basta “con considerar que, en cualquier caso, la determinación específica y concreta que se impugna del Plan es producto exclusivo del Gobierno de Navarra, es decir, es una decisión meramente administrativa que no deja de serlo por la intervención del Parlamento de Navarra” (cursiva añadida). En realidad, puede decirse que esta conclusión se basa en argumentos minimalistas. De un lado, existe un “contenido legal del Plan Gestor” que es necesario en virtud del artículo 6.2 de la LFREN. De otro, lo que se impugna es la “localización en un lugar determinado de Navarra de una planta de tratamiento de residuos especiales”. Y el caso es que esta determinación es “extraña” al contenido legal necesario del Plan y, además, “no resultó afectada por las dieciséis propuestas de resolución incorporadas por la Comisión de Ordenación del Territorio del Parlamento de Navarra”. Precisa además la Sentencia que “el acto recurrido no es de trámite, pues en él el Gobierno de Navarra expresa su voluntad exclusiva de aprobar aquello que, aún incluido en el Plan, no forma parte de su contenido legalmente establecido”.

De este modo —y a efectos prácticos, eso es lo que importa— se abre definitivamente la posibilidad de control judicial de los aspectos sustantivos del Plan, de los que nos ocuparemos en breve. Antes de hacerlo, justo es reconocer, sin embargo, que el cauteloso razonamiento del Tribunal sobre este punto evita caer en cualquier tipo de generalización y rehúye —creo que conscientemente— el debate teórico subyacente sobre el control judicial de la actuación materialmente administrativa de otros poderes públicos<sup>10</sup>. En este plano, la curiosidad científica hubiera incitado a preferir que prosperara la cuestión de inconstitucionalidad planteada acerca del artículo 6.4 de la LFREN. Así, el Tribunal Constitucional hubiera tenido ocasión de pronunciarse acerca de una de esas reglas que otorgan al poder legislativo alguna intervención en los procedimientos de elaboración de este tipo de planes y, más precisamente, sobre su eventual conformidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 de la CE. En todo caso, en la actualidad, la concreta cuestión a la que aludimos habría perdido su objeto.

En efecto; conviene cerrar este apartado aclarando que, ante hipotéticos supuestos similares, la doctrina aquí expuesta debería complementarse con la toma en consideración de otros nuevos parámetros jurídicos. En primer lugar, el artículo 5 de la Ley estatal 10/1998, de 21 de abril, de residuos, establece hoy el régimen básico de la planificación del sector. En él, por cierto, sí se alude a la localización de instalaciones como mención necesaria de los planes autonómicos de residuos (artículo 5.4 LR). No está de más añadir que esta mención trae causa del Derecho comunitario (artículo 7.1 de la Directiva 75/442 en la redacción dada por la Directiva 91/156, de 18 de marzo) y que ha de interpretarse en

(10) Advertido también por F. LÓPEZ RAMÓN, “Problemas del régimen general de los residuos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 108 (2000), págs. 518-519.

los términos que resultan de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 1 de abril de 2004 (asuntos *Braine-le-Château* y otros). De ella se desprende que los planes de residuos “han de incluir un mapa que señale el emplazamiento concreto que se dará a los lugares de eliminación de residuos o unos criterios de localización suficientemente precisos para que la autoridad competente para expedir una autorización con arreglo al artículo 9 de la Directiva pueda determinar si el lugar o la instalación de que se trate está incluido en el marco de la gestión prevista por el plan<sup>11</sup>”. Aun cuando esta sentencia merecería un análisis más sereno, no parece existir inconveniente para deducir que en ella se ofrecen, para cumplir con las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario en este punto, dos posibilidades: “mapa” o “criterios”. Ambas comparten una común incidencia en la ordenación del territorio, que es de exclusiva competencia autonómica (artículo 149.1.18 CE<sup>12</sup>). Pero el alcance de esa incidencia es evidentemente distinto según se trate de imponer localizaciones directamente en el Plan —que parece una tarea eminentemente técnica y, por tanto, materialmente administrativa— o de ofrecer criterios para la posterior selección de emplazamientos —que, en nuestro sistema, podrían perfectamente configurarse como estándares urbanísticos o determinaciones legales de directa aplicación<sup>13</sup>—. Por tanto, ni siquiera de optar por este segundo polo de la alternativa sería indispensable, en el plano jurídico, la intervención parlamentaria en el procedimiento de aprobación del plan. Máxime cuando la legitimación política que supuestamente con ello se persigue sólo sea posible a costa de mermar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; un precio prohibitivo en el Estado de Derecho ambiental<sup>14</sup> que, con sus exigencias de transparencia, información, participación y, sobre todo, acceso a la Justicia, no parece conformarse con modelos de democracia exclusivamente representativa<sup>15</sup>.

(11) Esta misma sentencia también establece que “los Estados miembros han de elaborar los planes de gestión de residuos en un plazo razonable, que puede superar el plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva” y, en fin, que las disposiciones de esta última “no se oponen a que un Estado miembro que no haya adoptado, en el plazo señalado, uno o varios planes de gestión de residuos relativos a los lugares o instalaciones apropiados para su eliminación expida autorizaciones individuales de explotación de tales lugares e instalaciones”.

(12) Así lo hace notar S. FERNÁNDEZ RAMOS, “El régimen jurídico de los residuos” en D.J. VERA JURADO (coord.), *Derecho ambiental de Andalucía*, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 329.

(13) Por todos, sobre estas bien conocidas técnicas, T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, El Consultor, Madrid, última edición.

(14) Ha utilizado esta expresión, entre otros, M.J. MONTORO CHINER, “El Estado ambiental de Derecho. Bases constitucionales”, en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, págs. 3437 y ss.

(15) Al respecto, desde la Filosofía del Derecho, A.E. PÉREZ LUÑO, “La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales”, en *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991, págs. 91 y ss. Puede invocarse en apoyo de lo afirmado en el texto el Convenio de Aarhus, de 25 de junio de 1998, sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, recientemente ratificado por España (véase el Instrumento de Ratificación de 15 de diciembre de 2004 en BOE de 16 de febrero de 2005) y, por tanto, ya directamente aplicable aunque, por otra parte, no se haya procedido todavía a la transposición de las Directivas 2003/4 y 2003/35, de 26 de mayo, de cuya trascendencia ya ha advertido, entre otros, J. OCHOA MONZÓ, “La participación ciudadana y el marco de la prevención y el control integrados de la contaminación”, en J. BAUCCELLS i LLADÓS y J. VERNET i LLOBET (coords.), *La prevención y el control integrados de la contaminación*, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 193 y ss.

En todo caso, y a falta de reglas de origen comunitario, la legislación básica reconoce que la regulación del procedimiento de elaboración, aprobación y revisión de estos planes es también competencia autonómica. En Navarra, y ya con anterioridad a la Ley estatal vigente, existía, como hemos visto, una regulación parcial –pues versaba únicamente sobre una de las muchas piezas que componen el complejo puzzle de la planificación sectorial de residuos– en la LFREN. Sin embargo, la LFREN acaba de resultar íntegramente derogada por la Ley Foral 4/2005, de 22 de marzo, de intervención para la protección ambiental (en adelante LFIPA) que entra en vigor el 1 de julio. No es éste el momento adecuado para valorar el conjunto de consecuencias derivadas de esta sucesión normativa. Pero, evidentemente, con ello no sólo queda sin regulación específica el procedimiento de elaboración, aprobación y revisión del Plan Gestor de Residuos Especiales de Navarra sino que, incluso, desaparece como tal y, desde luego, se suprime la discutible intervención parlamentaria a la que nos venimos refiriendo<sup>16</sup>.

### III. SOMETIMIENTO DEL PLAN A EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Una vez admitido a trámite el recurso, el Tribunal Supremo va a estimar los dos motivos de casación invocados por las entidades locales demandantes. En síntesis, éstos se basaban en que la previsión de localización de la instalación controvertida infringía la normativa sobre actividades clasificadas y la legislación sobre evaluación de impacto ambiental. Así, como decimos, lo entiende también la Sala, que dedica al primer motivo el Fundamento Jurídico Séptimo y al segundo motivo el Fundamento Jurídico Octavo de la Sentencia que estamos comentando. Se nos permitirá que, por razones puramente expositivas, alteremos ese orden para empezar analizando las consideraciones relativas a la evaluación de impacto ambiental. En este sentido, lo decisivo es que “el Plan Gestor, en la medida en que precisaba la localización de la planta de tratamiento, equivalía a un proyecto, y debió ser sometido a evaluación de impacto ambiental”.

**LA PREVISIÓN DE LOCALIZACIÓN DE LA INSTALACIÓN CONTROVERTIDA INFRINGÍA LA NORMATIVA SOBRE ACTIVIDADES CLASIFICADAS Y LA LEGISLACIÓN SOBRE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL**

(16) De todos modos, téngase en cuenta que la falta de una regulación foral específica no ha sido óbice para que, con apoyo directo en el artículo 4.2 de la Ley estatal 10/1998, de 21 de abril, de residuos, y a través de un procedimiento *sui generis*, por Acuerdo de 25 de octubre de 1999, el Gobierno de Navarra aprobara el denominado Plan Integrado de Gestión de Residuos de Navarra.

Es sumamente importante recalcar que la exigencia de evaluación de impacto ambiental del Plan impugnado deriva de la circunstancia de que, en esa concreta determinación, “equivalía a un proyecto”. Ciertamente, razona la Sala, la normativa comunitaria y estatal entonces aplicable –Directiva 85/337, de 27 de junio, y Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio– “se refiere cuando impone la exigencia de EIA al concepto de proyectos” pero “el Anexo I de su Reglamento 1131/88, de 30 de septiembre, se encarga de precisar que se entiende por proyecto ‘todo documento técnico que define o condiciona de modo necesario, particularmente en lo que se refiere a la localización, la realización de planes y programas, la realización de construcciones o de otras instalaciones y obras’”. Y el caso es que, en opinión del Supremo, “la concreción del Plan Gestor es tal respecto a la localización de la futura planta de tratamiento (y también de otros extremos, como la naturaleza del tratamiento, el volumen del mismo, etc.) que define o condiciona de modo necesario la realización de la planta, por lo cual el propio Plan Gestor tiene a estos efectos la naturaleza de un proyecto”.

Siendo esto así, “el Plan debió ser sometido a un estudio de impacto ambiental porque a ello obliga el artículo 1 y Anexo I, Grupo 8, del Real Decreto Legislativo 1302/86, el artículo 4.1 y Anexo I, epígrafe 9, de la Directiva a 85/337 y el epígrafe 19.0200 del Catálogo de Residuos aprobado por Decisión de 20 de diciembre de 1993”. Más aun, “no es acertado el argumento de la Sala de instancia de deferir a un momento posterior la realización de la EIA” puesto que “la localización, en concreto, viene determinada en el Plan y el futuro proyecto no podría variarla en absoluto”. Teniendo esto en cuenta, el Tribunal llama además la atención sobre el incumplimiento, materialmente inevitable, de la obligación de analizar diferentes alternativas de emplazamiento. Y concluye indicando que “no sirve en absoluto de justificación para la protección de la salud humana y del medio ambiente” la simple invocación por el Plan de “que allí se encontraba ya construido un edificio que podría resultar útil a estos efectos”.

Creo que, en el contexto general que suele rodear a los conflictos de este tipo<sup>17</sup>, hay que valorar positivamente el antiformalismo del que hace gala el Tribunal Supremo en esta parte de su argumentación. No obstante, conviene añadir, al igual que antes, algún dato que permita la actualización de su doctrina. En este sentido, y aun cuando pueda parecer una cuestión menor, comenzaré por referirme a la Decisión de 20 de diciembre de 1993, que ha sido derogada y sustituida por la Decisión por la que se aprueba la Lista Única Europea de residuos<sup>18</sup>. Sea como fuere, la invocación de estas Decisiones ha de entenderse como una limitación puesto que, por la vía tradicional de sometimiento de proyectos, y salvo que la legislación autonómica dijera otra cosa, sólo se exigía evalua-

(17) Como los que describe R. RIVERO ORTEGA, “La gestión de los residuos en Castilla y León”, en T. QUINTANA LÓPEZ (dir.), *Derecho ambiental en Castilla y León*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, págs. 501-557.

(18) Decisión 2000/532, de 3 de mayo, que sustituye a la Decisión 94/3, de 20 de diciembre de 1993, por la que se establece una lista comunitaria de residuos y a la Decisión 94/904, de 22 de diciembre, por la que se establece una lista de residuos peligrosos.

ción de impacto ambiental para instalaciones de gestión de residuos caracterizados como peligrosos<sup>19</sup>.

Independientemente de ello, hay que valorar positivamente el esfuerzo dialéctico de la Sentencia que comentamos. También es verdad que puede haber perdido en parte utilidad tras las modificaciones operadas en la normativa comunitaria e interna sobre evaluación de impacto ambiental, a las que en cierto modo pero correctamente se anticipa<sup>20</sup>. Como es sabido, una de las novedades de estas reformas ha consistido, precisamente, en el sometimiento a evaluación de impacto ambiental no sólo de proyectos sino también de planes y programas<sup>21</sup>. No puede decirse que el Estado español haya procedido a la transposición de la nueva Directiva en este concreto aspecto. Así, podría plantearse la invocación de la doctrina del efecto directo de la normativa comunitaria en la materia; sobre lo que, por cierto, ya hay precedentes de interés<sup>22</sup>. De todas formas, y por lo que respecta a Navarra, los artículos 30 y siguientes de la LFIPA incorporan la denominada “evaluación ambiental estratégica de planes y programas” y el caso es que en su Anejo 3.A.C.7, al enumerar los planes y programas sujetos a evaluación ambiental estratégica, se incluyen expresamente los que se elaboren respecto a “gestión de residuos”. Como se ve, el sometimiento se opera sin ninguna restricción de carácter material e incluye cualquier plan de gestión de cualquier tipo de residuos; cosa que, por cierto, no ocurre para los proyectos<sup>23</sup>.

(19) La experiencia navarra avala esta afirmación. Recuérdese el Auto del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1992 en relación con el vertedero –de residuos sólidos urbanos– del Valle de Aranguren. Sobre el intrincado sistema actual de superposición de controles concurrentes a los que están sometidos los proyectos de la muy heterogénea gama de instalaciones de gestión de residuos puede verse mi estudio “Autorizaciones de producción y gestión de residuos tras la Ley de prevención y control integrados de la contaminación”, en A. GARCÍA URETA (ed.), *Régimen de prevención y control integrados de la contaminación*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2004, págs. 133-184.

(20) Recuérdese que aquel primer bloque normativo resultó afectado por la Directiva 97/11, de 3 de marzo, que modificó el régimen comunitario de la evaluación de impacto ambiental. Para su transposición, que resultó tardía, el Estado dictó el Real Decreto-Ley 9/2000, de 6 de octubre, que luego dio paso a la Ley 6/2001, de 8 de mayo, que introduce modificaciones en el texto de la regulación estatal anterior. Lógicamente, estas alteraciones repercuten en la legislación estatal y autonómica preexistente. Pese a todos estos cambios, aún está pendiente un tercer esfuerzo de adaptación. Lo exigen, por una parte, la Directiva 2001/42, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (cuyo plazo de transposición expiró en julio de 2004), y, por otra, la Directiva 2003/35 que, entre otras cosas, modifica otra vez la regulación comunitaria de evaluación de impacto ambiental en lo que se refiere a la participación del público y acceso a la justicia (cuyo plazo de transposición finaliza en junio de 2005).

(21) Al respecto, A. GARCÍA URETA, “La evaluación de impacto ambiental”, en I. LASAGABASTER HERRARTE y otros, *Derecho ambiental. Parte general*, IVAP, Oñati, 2004, págs. 133 y ss.

(22) J. JORDANO FRAGA, “Efecto directo horizontal de determinadas directivas ambientales: la consagración jurisprudencial de la invocabilidad por particulares de las directivas en relaciones triangulares (comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de enero de 2004 en el asunto c-201/02)”, en *Medio Ambiente y Derecho*, núm. 11, 2004. Aunque a otros efectos, en la jurisprudencia española, véanse las SSTs de 1 de abril de 2002 y el comentario de M. FUERTES, “Evaluación de impacto ambiental e instalaciones eléctricas”, REDA, núm. 114 (2002), págs. 265 y ss.

(23) Como se comprueba si se confrontan los apartados 2.A.13 y 14 del Anejo II de la LFIPA (instalaciones sometidas a autorización ambiental integrada); 2.B.5 del mismo Anejo (actividades sometidas a autorización ambiental integrada y evaluación de impacto ambiental) y 4.1.H del Anejo 4 (actividades e instalaciones sometidas a licencia municipal de actividad clasificada y a evaluación de impacto ambiental en función de la aplicación de los criterios de selección).

#### IV. INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA ESTATAL SOBRE ACTIVIDADES CLASIFICADAS

Pero abordemos ya el pronunciamiento más polémico de la sentencia que estamos comentando y que está ligado a la estimación del motivo de casación que invocaba infracción del régimen de emplazamiento y distancias previsto en el artículo 4 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre (RAMINP<sup>24</sup>). El Tribunal Supremo dice a este respecto que “ninguna duda cabe de que la actividad de tratamiento físico-químico de residuos especiales es una industria fabril que lleva a cabo una actividad molesta (epígrafes 522-3 a 522-7 del Anexo I del Reglamento 2414/61, por malos olores) y además, insalubre y nociva (epígrafes 522-3 a 522-7 del mismo, por producción de gases tóxicos y aguas residuales), de forma y manera que su instalación en el lugar previsto (es decir, dentro de la Estación Depuradora de Aguas Residuales de Arazuri), a menos de la distancia de 2.000 metros de varios núcleos de población agrupada, viola aquel precepto y el Plan Gestor debe ser anulado en ese extremo, previa revocación de la sentencia que lo confirmó”. Dicho esto, la Sala precisa que “no puede traerse a favor del Plan impugnado la excepción que a la regla general de la distancia contiene el artículo 15 (del RAMINP) ya que, como tal excepción, debe fundarse en razones justificadas y concretas, bastantes para hacer asumible el sacrificio del interés público que la regla resume” y lo cierto es que “en el presente caso no existen razones justificadas para ese sacrificio<sup>25</sup>”. Así pues, como el Plan impugnado señala una localización concreta para la actividad clasificada, “puede ya imponerse el respeto a la norma de distancia que nos ocupa, sin necesidad de esperar a la elaboración del posterior proyecto, el cual, respecto de la localización, no puede ya añadir ni precisar más”.

Debemos matizar que lo polémico del asunto no resulta de la consideración de esta actividad como “industria fabril”, ni del juego atribuido al régimen de excepciones ni tan siquiera de la aplicación de la regla de las distancias a un instrumento con naturaleza jurídica de plan<sup>26</sup>. En realidad, lo verdaderamente discutible es la premisa mayor de la que

(24) La obra de referencia en la materia sigue siendo la monografía de J. DOMPER FERRANDO, *El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*, 2 tomos, Civitas, Madrid, 1992, con completa reseña de antecedentes y tendencias de la normativa autonómica posterior.

(25) “Ya que”, continúa, “la única que el Plan da para la localización que señala a la planta de tratamiento es sólo la de que allí existe una edificación construida (una infraestructura existente la llama el Plan) que se realizó en los años 1986-89 y que costó unos 300 millones de pesetas. Ahora bien”, prosigue, “como puede comprenderse, ésa no es razón que pueda oponerse sin más a los valores que protege la norma de distancia. Las razones meramente utilitarias o economicistas tienen, desde luego, su importancia, pero se exigen argumentos suficientes (que aquí no existen) para llegar al convencimiento de que es razonable la aplicación de la excepción que permite el artículo 15 al caso concreto”.

(26) Todo ello estaba ya presente en la jurisprudencia que analicé en mi libro sobre *El régimen jurídico de los vertederos de residuos*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 52 y ss. Con posterioridad, J. ORTEGA BERNARDO, “Jurisprudencia en materia de residuos: localización de instalaciones, producción y gestión”, RDU, núm. 181 (2000), págs. 49-81. Para actualizar aquellas referencias en los tres planos indicados en el texto pueden verse los fundamentos jurídicos 5º, 6º y 7º de la STS de 1 de abril de 2004 sobre la que, a otros efectos, volveremos luego. Ilustrando sobre el posible alcance de no infrecuentes cambios de criterio jurisprudencial (especialmente en la interpretación del artículo 15 RAMINP) pueden verse también la STS de 11 de mayo de 2004 y los pronunciamientos que cita sobre una estación depuradora de aguas residuales en Gijón.

parte la Sentencia y que presupone que el viejo RAMINP “es de aplicación en Navarra”. Sintéticamente, la Sala funda esta tesis en dos argumentos. El primero de ellos consiste en una interpretación de la voluntad del legislador navarro y el segundo en la doctrina que se desprende de la STS de 1 de abril de 2004. Aunque ambos están estrechamente interrelacionados, parece conveniente analizarlos por separado hasta donde sea posible.

### A) Sobre la aplicación en Navarra de la regla de las distancias del RAMINP

En cuanto al primer argumento, comenzaremos por indicar que, desde hace más de quince años, Navarra cuenta con regulación propia integrada por la Ley Foral 16/1989, de 5 de diciembre, de control de las actividades clasificadas para la protección del medio Ambiente<sup>27</sup> y su Reglamento, que se aprobó mediante Decreto Foral 32/1990, de 15 de febrero<sup>28</sup>. La doctrina había entendido que esta normativa producía el desplazamiento del RAMINP<sup>29</sup>. Lo mismo ha estimado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 18 de julio de 2003, aunque es de reconocer, sin embargo, que la jurisprudencia no siempre comparte este criterio hasta sus últimas consecuencias<sup>30</sup>. Para el Tribunal Supremo, por el contrario, tal desplazamiento no se ha producido sencillamente porque “la propia Exposición de Motivos de la Ley 16/1989 dice que su finalidad es ‘actualizar y desarrollar la normativa vigente’ (no, por tanto, una regulación *ex novo*), en especial ‘en los aspectos referentes a las facultades inspectora y disciplinaria de la Administración’, todo lo cual indica bien a las claras la voluntad del legislador navarro de desarrollar, y sólo en aspectos parciales, aquel Reglamento estatal<sup>31</sup>”.

**EL TRATAMIENTO FÍSICO-QUÍMICO DE RESIDUOS A MENOS DE 2000 METROS DE VARIOS NÚCLEOS DE POBLACIÓN VIOLA EL REGLAMENTO DE ACTIVIDADES MOLESTAS, INSALUBRES, NOCIVAS Y PELIGROSAS**

(27) Modificada por la Ley Foral 1/1999, de 2 de marzo, de medidas administrativas de gestión medioambiental.

(28) Modificado por Decreto Foral 304/2001, de 22 de octubre.

(29) J.F. ALENZA GARCÍA, *Manual de Derecho ambiental*, Pamplona, 2001, págs. 143 y ss.

(30) Véanse las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 4 de octubre de 2002 (que comento en la Revista *Inquirigiroa eta Zuzenbidea*, núm. 1, 2003); de 18 de diciembre de 2002 y 18 de julio de 2003 (que comento en *IeZ*, núm. 2, 2004) así como la de 16 de septiembre de 2004 (que comento en *IeZ*, núm. 3, 2005). Con posterioridad, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 21 de enero de 2005 hace suya la argumentación de la STS de 19 de julio de 2004 que aquí comentamos, en relación con el Proyecto Sectorial de Incidencia Supramunicipal de biometanización de residuos sólidos urbanos en Góngora y Arazuri.

(31) Nótese que la Sentencia que estamos comentando se cree en la obligación de precisar que “esta interpretación que hacemos de la Ley Foral 16/1989 no está vedada en casación porque de ella depende la aplicación o no de una norma estatal”.

Si esto fuera todo, bastaría concluir informando de que, forzado a ello, el legislador navarro ha clarificado en la primera ocasión que se le ha presentado su voluntad sin dejar resquicio alguno para la duda. Lo ha hecho en el apartado 2 de la Exposición de Motivos de la reciente LFIPA al explicar que la “regulación estatal, por el tratamiento uniformista y correctivo de las actividades que implantaba y por su descoordinación con los principios e instrumentos de la ordenación territorial y urbanística, dejó de dar satisfacción a las exigencias de carácter ambiental y territorial y, por ello, fue desplazada en Navarra por la Ley Foral 16/1989” (cursiva añadida). Además, ha ratificado para el futuro su inequívoca voluntad de “superar” aquel régimen al redactar la Disposición Adicional Tercera de la LFIPA en los siguientes términos: “no es de aplicación en Navarra el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre”. Sépase, en fin, que también ha procedido a derogar expresa e íntegramente la Ley Foral 16/1989 y el Decreto Foral 32/1990<sup>32</sup>. En consecuencia, es evidente que el régimen que se quiere para las actividades sometidas a licencia municipal de actividad clasificada en Navarra es únicamente el ahora establecido en el Título III de la LFIPA que, por supuesto, sigue prescindiendo de la vieja técnica del alejamiento.

### **B) Sobre la doctrina de la STS de 1 de abril de 2004**

Pero la conformidad a Derecho de esta solución podría tal vez cuestionarse a la luz del segundo argumento al que hacíamos referencia y que se hace valer por remisión a la STS de 1 de abril de 2004<sup>33</sup>. Acerca de sus antecedentes bastará saber que concluye un pleito que había enfrentado a la Confederación Hidrográfica del Duero y al Ayuntamiento de Aranda con un particular afectado por el proyecto de estación depuradora de aquel municipio burgalés. La Sala de instancia había estimado el recurso y, en consecuencia, dictó sentencia anulando las licencias municipales otorgadas. Contra dicha sentencia recurrieron en casación, aunque por diferentes motivos, tanto el Abogado del Estado como el Ayuntamiento. Es este último el que alega que el artículo 4 del RAMINP “carece de vigencia en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, por mor de lo previsto en la Disposición Transitoria de la Ley 5/1993, de 21 de octubre, sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas<sup>34</sup>”. El Tribunal Supremo, sin embargo, rechaza esta alegación –al igual que todas las demás<sup>35</sup>– y confirma la sentencia impugnada. Para llegar a esta conclusión, el

(32) Apartados a) y c) de la Disposición Derogatoria Única de la LFIPA.

(33) Sobre esta Sentencia versa fundamentalmente el comentario crítico, que sustancialmente compartimos, de I. LAZCANO BROTÓNS, “Licencia de actividad y distancia mínima de dos mil metros: aplicación judicial y problemas competenciales”, *RWAP*, núm. 70 (2004), págs. 395 y ss.

(34) Con posterioridad, téngase en cuenta la Ley 11/2003, de 8 de abril, de prevención ambiental de Castilla y León (últimamente modificada por Ley 3/2005, de 23 de mayo), y las aportaciones recogidas en T. QUINTANA LÓPEZ, (dir.), *Derecho ambiental en Castilla y León*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

(35) Esencialmente porque “las ordenanzas municipales y los planes urbanísticos del municipio no pueden desoír la regla general establecida en ese inciso último” del artículo 4 del RAMINP (FJ 5º) y porque “la jurisprudencia ha defendido el empleo, en la interpretación de aquel artículo 4, de un concepto amplio de la expresión industrias fabriles” (FJ 6º). Sobre los requisitos de la controvertida dispensa prevista en el artículo 15 RAMINP, con abundante reseña jurisprudencial, versa el FJ 7º.

Fundamento Jurídico Cuarto se abre resumiendo la interpretación restrictiva que la Sala de Burgos había hecho de la citada Disposición Transitoria<sup>36</sup>. El hecho de que “no se desarrolla en el motivo una argumentación que ponga de relieve lo erróneo de aquella interpretación” hubiera bastado para entender aplicable la técnica del alejamiento al caso.

Pero el Tribunal Supremo avanza un paso más y ofrece un criterio con pretensiones de alcance general al agregar que “la norma de aquel artículo 4 referida a la distancia mínima exigible engarza directamente con los títulos competenciales relativos a la protección del medio ambiente” y “a la sanidad”. Así, el artículo 149.1.23 de la CE faculta a las Comunidades Autónomas para asumir la potestad de establecer normas adicionales de protección, “con la consecuencia, en lo que ahora importa, de que el apartamiento de aquella norma en el territorio de una Comunidad Autónoma exigirá que la normativa propia de ésta la haya sustituido, sin duda alguna, por otra cuya potencialidad protectora no sea menor, lo cual no se aprecia en aquella Ley autonómica 5/1993”. Por su parte, y como del artículo 149.1.16 de la CE y su equivalente estatutario se derivan competencias autonómicas para el desarrollo y ejecución de la legislación del Estado (subrayado en el original), se excluye también “el apartamiento en su territorio de aquella norma del artículo 4 por el solo hecho de que dicha Comunidad hubiera dictado su propia Ley sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas”.

Con el debido respeto, trataré a continuación de razonar mi discrepancia sobre este punto. Hay un atractivo irresistible en la exigencia de que el desplazamiento autonómico de la técnica del alejamiento del RAMINP sea, además de explícito, coherente con el principio de mayor protección ambiental y sanitaria<sup>37</sup>. Pero, en el complejo sistema de fuentes en que estamos obligados a movernos<sup>38</sup>, este planteamiento presupone no sólo que el preconstitucional RAMINP sigue en vigor sino también que sus preceptos ostentan carácter básico. Veamos:

– Que el preconstitucional RAMINP sigue vigente cuarenta y cuatro años después es algo que generalmente no se suele poner en cuestión. En verdad, nunca ha sido expresamente derogado por quien lo dictó y, sin embargo, no son pocos los preceptos que hemos de entender afectados por derogaciones tácitas operadas por dispersa normativa sectorial posterior<sup>39</sup>. Tampoco ha sido anulado y eso que, desde su origen, constituye un palmario

(36) En el sentido de que “las normas del RAMINP que devendrían inaplicables una vez desarrollada reglamentariamente dicha Ley serían, sí, las relativas a la documentación exigida para la solicitud de la licencia de actividad y al régimen jurídico de las Comisiones de Actividades Clasificadas, pero no, al menos, la relativa a la distancia exigida en aquel artículo 4”.

(37) Sobre la confluencia de estos dos títulos competenciales en el concepto de sanidad ambiental puede verse mi trabajo “La normativa estatal sobre campos electromagnéticos generados por estaciones radioeléctricas”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, número 2 (2002), págs. 93-119.

(38) En general sobre estas cuestiones, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2004.

(39) Lo recuerda oportunamente B. LOZANO CUTANDA, *Derecho ambiental administrativo*, Dykinson, Madrid, 4ª ed., 2003, pág. 403, enumerando diversas disposiciones relativas a la protección del aire, del agua, a la energía nuclear, residuos, etc. A todo ello cabría aún añadir el impacto que en sus reglas procedimentales haya podido tener la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común y su reforma operada por Ley 4/1999, de 13 de enero.

ejemplo de reglamento independiente que incide indiscutiblemente en los derechos de propiedad y libertad de empresa<sup>40</sup>. Además, no hay por qué descartar que, en su larga existencia, hubiera podido incurrir en algún otro vicio de ilegalidad sobrevenida<sup>41</sup>. Así podría suceder, sin ir más lejos, con la concreta regla de las distancias que ahora nos ocupa si entendiéramos que se inscribe sin mayor esfuerzo en las materias de ordenación del territorio y urbanismo; en cuyo caso difícilmente superaría un test de constitucionalidad riguroso a la luz de los criterios competenciales establecidos en la STC 61/1997, de 20 de marzo y aplicados en la STC 164/2001, de 11 de julio. Aun así, y a falta de expresa confirmación de estos reproches, aceptaremos la vigencia del RAMINP para proseguir nuestro razonamiento.

— Que el preconstitucional y vigente RAMINP tenga además, carácter básico, es otra cuestión muy distinta. Otra cuestión, por cierto, que no compete al Tribunal Supremo zanjar. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sabemos que esto último no tiene por qué ser así necesariamente. Casi de modo automático nos viene a la memoria el célebre episodio de la reviviscencia de la Ley del Suelo de 1976 y sus Reglamentos de desarrollo que, tras la STC 61/1997, recuperaron su vigencia bien que con un valor meramente supletorio. Podrá objetarse que esto fue debido a que el Estado había perdido las competencias que hasta la Constitución ostentaba en aquella materia. Ciertamente, no sucede lo mismo en materia estrictamente ambiental. Pero, en nuestra opinión, esto tampoco cambia las cosas. Aun versando sobre una materia diferente por completo, nos parece perfectamente invocable aquí la doctrina que se desprende de las SSTC 37/2002, de 14 de febrero y 1/2003, de 16 de enero<sup>42</sup>. En ambos casos se enjuiciaba una Ley estatal preconstitucional (la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964); y en ambos casos se llegó a la conclusión de que —pese a que evidentemente el Estado es titular de competencias para fijar las bases del régimen estatutario de los funcionarios de todas las Administraciones públicas, conforme al artículo 149.1.18 de la CE— los preceptos impugnados carecen de carácter básico<sup>43</sup>. Por salir al paso de otra eventual objeción añadiremos que en el razonamiento del Tribunal Constitucional adquiere relevancia el hecho de que el Estado haya legislado en esa materia con posterioridad a la Constitución renunciando a incidir en los aspectos controvertidos<sup>44</sup>. Salvando las distancias, puede sostenerse que esto último

(40) A este respecto, J.M. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Madrid, 1991.

(41) Reivindica la utilidad de esta categoría y sugiere vías para hacerla valer T. CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

(42) Que resuelven sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de la Nación contra determinados preceptos de la Ley de Cataluña 17/1985, de función pública de la Administración de la Generalitat y contra Ley de Extremadura 5/1995, de 20 de abril, de modificación parcial y urgente del texto refundido de la Ley de la función pública de Extremadura, respectivamente.

(43) Artículos 87 a 93 de la LFCE (régimen disciplinario, FJ 9º de la STC 37/2002) y artículo 37 de la LFCE (pérdida de la condición de funcionario, FJ 4º de la STC 1/2003), respectivamente.

(44) El núcleo de esta doctrina se condensa en el siguiente párrafo del FJ 9º de la STC 37/2002: “enunciada esta cuestión de una manera más general, nos planteamos si era posible ‘inferir normas básicas de la legislación preconstitucional en una materia en la que el legislador estatal posconstitucional ha procedido a establecer de una manera aparentemente completa,

también ha ocurrido con la regulación preconstitucional de las actividades clasificadas, al menos desde la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrado de la contaminación<sup>45</sup>. No en vano se ha visto en esta inhibición estatal una oportunidad perdida “para haber establecido, con el carácter de legislación básica, los principios de un sistema uniforme de autorizaciones aplicable a todas las actividades susceptibles de dañar el entorno<sup>46</sup>”. Y, en ese contexto de diferentes controles ambientales superpuestos derivado de la LPCIC, son muy autorizadas las voces que defienden la plena disponibilidad autonómica del régimen de las actividades clasificadas<sup>47</sup>.

Pues bien, de todo ello se deriva a nuestro modo de ver que no hay ningún fundamento para presumir que el RAMINP tenga hoy carácter básico. Convendremos, por consiguiente, que ninguno de sus preceptos vincula al legislador autonómico. Y, por supuesto, su eventual aplicación en las Comunidades Autónomas debería analizarse a la luz del principio de supletoriedad. Tendríamos así que partir, conforme a la citada STC 61/1997, del dato inexcusable de que el operador jurídico detecte una auténtica laguna normativa. Y es evidente que omitir en la normativa autonómica la regla de las distancias no tiene por qué constituir necesariamente una laguna normativa. Puede ser, como de hecho lo es ya sin discusión en Navarra tras la Disposición Adicional Tercera de la LFIPA, una opción plenamente consciente y deliberada que, además, cuenta a su favor con el desprestigio progresivamente acumulado por la vieja técnica del alejamiento y con el respaldo de la doctrina

**LA REGLA DE LAS DISTANCIAS DEL RAMINP NO ES APLICABLE, NI A TÍTULO SUPLETORIO, EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS QUE LA HAYAN DESPLAZADO LEGÍTIMAMENTE EN VIRTUD DE SU PROPIA NORMATIVA**

en el ejercicio de sus competencias, las bases de la misma, sin que hubiera declarado básicas aquellas normas preconstitucionales'. Y ello teniendo en cuenta que la noción formal de bases elaborada por la doctrina de este Tribunal Constitucional y la finalidad con ella perseguida de dotar de una determinación cierta y estable a los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas mal se compadecen con la posibilidad de poder seguir infringiendo bases de las normas legales preconstitucionales cuando el legislador estatal constitucional ha procedido en el ejercicio de la competencia constitucionalmente atribuida a establecer de manera aparentemente completa e innovadora las bases sobre una determinada materia, a menos que declare expresamente la pretendida naturaleza básica de esas normas legales preconstitucionales o dicha naturaleza resulte, sin lugar a dudas, de ser éstas un complemento indispensable de las normas básicas postconstitucionales por deducirse de su propia estructura que no han pretendido agotar la regulación de todos los aspectos de la materia". Sobre la significación de esta doctrina en el conjunto de la jurisprudencia constitucional, R. JIMÉNEZ ASENSIO, "El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de función pública", *RVAP*, núm. 69 (I), 2004, págs. 129 y ss.

(45) Véase en particular el apartado 6 de su Exposición de Motivos y los artículos 11.2.b), 12.1.a) y 29 de la LPCIC. Al respecto, C. AGOÚES MENDIZÁBAL, "Autorización ambiental integrada y licencias municipales de obras y actividades clasificadas", en A. GARCÍA URETA (ed.), *Régimen de prevención y control integrados de la contaminación*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2004.

(46) B. LOZANO CUTANDA, *op. cit.*, pág. 403.

(47) Por todos, véase el sugerente trabajo de G. VALENCIA con el que se abre la recopilación coordinada por él mismo y J. ROSA MORENO, *Estudios sobre la Ley de prevención y control integrados de la contaminación*, Monografía núm. 3 de la Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

que desde hace décadas la viene criticando y postergando frente a la teórica superioridad ordenadora del planeamiento<sup>48</sup>. Obviamente, si no hay laguna normativa no hay tampoco ninguna necesidad de activar la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 de la CE.

## V. CONCLUSIÓN

Sostenemos, pues, que hay sólidas razones para afirmar que la regla de las distancias del RAMINP no es aplicable, ni siquiera a título supletorio, ni en Navarra ni en otras Comunidades Autónomas con normativa propia que legítimamente han podido desplazarla. Casi todos tenemos algún amigo ecologista que podría escandalizarse cuando lea esto. Si llegara a pedirnos explicaciones tendríamos que decirle que no tiene mucho sentido aferrarse a una herramienta que ha rendido sus frutos (tal vez porque se ha recurrido a ella mientras no quedaba otro remedio), pero que es enteramente disponible para las Comunidades Autónomas y que, además, en el actual escenario de recomposición de técnicas horizontales de prevención ambiental, es la única que no cuenta con la garantía añadida de venir impuesta por el Derecho comunitario. Por lo demás, aceptar las consecuencias de tal conclusión —obligada en el plano técnico por las razones que hemos tratado de explicar— no implica dejar de reivindicar, al mismo tiempo, ya en el plano práctico, que el emplazamiento de este tipo de actividades se integre como es debido en los instrumentos de ordenación del territorio y urbanismo. En el bien entendido de que para ello no basta con facturar formalmente este tipo de instalaciones en los cómodos vehículos todoterreno en que habitualmente se convierten los Planes o Proyectos Sectoriales de Incidencia Supramunicipal o equivalentes<sup>49</sup>. Es necesario —y ahí el legislador sí tiene mucho que decir— identificar criterios legales de localización de estas infraestructuras que permitan reducir la discrecionalidad de la potestad de planificación y, llegado el caso, hagan factible el control judicial de su ejercicio por la Administración<sup>50</sup>.

(48) T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El medio ambiente urbano y las vecindades industriales*, Madrid, 1973 y “Las vecindades industriales y su impacto en el medio ambiente”, en *Ordenación del territorio y medio ambiente*, II Congreso Mundial Vasco, IVAP, Oñati, 1989, págs. 601 y ss.

(49) Este instrumento, como es sabido, estaba previsto en la Ley Foral 10/1994, de 4 de julio, de normas reguladoras de la ordenación del territorio y urbanismo de Navarra. Sobre aquel régimen puede verse mi contribución sobre “La ordenación del territorio en Navarra”, en I. LASAGABASTER HERRARTE e I. LAZCANO BROTONS, *Régimen jurídico de la ordenación del territorio en Euzkalherria*, IVAP, Oñati, 1999, págs. 226-232. Aquella regulación ha sido derogada por la nueva Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de ordenación del territorio y urbanismo de Navarra que, no obstante, mantiene la figura. Como obra de referencia, véase el comentario sistemático de esta Ley dirigido por M.M. RAZQUÍN LIZÁRRAGA y J.F. ALENZA GARCÍA, *Derecho urbanístico de Navarra*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2004. Del régimen jurídico de ésta y de las demás figuras de planificación previstas en la Ley 35/2002 se ocupa J.C. ALLI ARANGUREN, “Los instrumentos de ordenación territorial en la Comunidad Foral de Navarra”, *RJN*, núm. 37, 2004, págs. 75 y ss. Por mi parte, he puesto de manifiesto el respeto casi reverencial que profesa la judicatura navarra hacia este tipo de instrumentos en mis crónicas anuales sobre jurisprudencia publicadas en la ya citada revista *IEZ*.

(50) “Para el futuro del Derecho Ambiental es decisivo, en mi opinión, dada la índole de los problemas que éste tiene que afrontar y el modo en que éstos suelen plantearse, afinar al máximo las técnicas jurídicas generales y, en particular, las que conciernen al control de las potestades discrecionales” ha escrito T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Grandeza y miseria del Derecho ambiental”, en *Libro Homenaje al profesor Martín Mateo*, 2000, págs. 3423 y ss. (recogido también en *Estudios de Derecho ambiental y urbanístico*, monografía número 2 de la Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación, 2001, pág. 240).

Aunque hay que reconocer que ésta es todavía una asignatura pendiente, algunos tímidos avances demuestran que esto es posible. Puede verse, en este sentido, el Anexo I del Real Decreto 148/2001, de 27 de diciembre, por el que se regula la eliminación de los residuos mediante su depósito en vertedero; que opera una transposición prácticamente literal del correspondiente anexo de la Directiva 1999/31, relativa al vertido de residuos. En ambos textos, por cierto, se toman en consideración, entre otros “requisitos” de ubicación<sup>51</sup>, y con formulación abierta, “las distancias entre el límite del vertedero y las zonas residenciales y recreativas, vías fluviales, masas de agua y otras zonas agrícolas o urbanas”. La idoneidad de la concreta distancia que se fije en cada caso podrá ser discutida en los procedimientos de planificación –sectorial y territorial–, evaluación de impacto ambiental, autorización ambiental integrada y en los permisos que correspondan para el correspondiente uso del suelo. De hecho, “el vertedero sólo podrá ser autorizado si las características del emplazamiento con respecto a los requisitos mencionados, o las medidas correctoras que se tomen, indican que aquél no planteará ningún riesgo grave para el medio ambiente<sup>52</sup>”. Resta no sólo evitar que trucos puramente terminológicos permitan esquivar la aplicación de estas reglas<sup>53</sup> sino también promover, en la medida de lo posible, una cierta generalización de estos requisitos a cualquier instalación de gestión de residuos<sup>54</sup>.

Mientras tanto, jueces y tribunales seguirán teniendo dificultades para contribuir a la tutela judicial del ambiente y precisamente en esta órbita nos parece que giran los principales aciertos de la Sentencia de 19 de julio de 2004 que ha motivado este comentario. En efecto; más allá de nuestra discrepancia en cuestiones técnicas, resulta muy digno de alabanza el espíritu garantista que globalmente la inspira y que le permite superar obstáculos formales que, en otras circunstancias, hubieran impedido intentar siquiera un control judicial efectivo de decisiones administrativas más o menos caprichosas. Y ello, además, anticipando todo lo posible la verificación de ese control que no deja de ser un control de estricta legalidad en cuanto impide resueltamente que lleguen a desvirtuarse los controles preventivos –como el “trámite” de evaluación de impacto ambiental, en el caso– y el saludable debate social y jurídico que reclaman. De manera que resulta posible afirmar que estamos ante una sentencia que atiende con total diligencia los requerimientos procesales y sustantivos que del principio de prevención ambiental derivan, en virtud del artículo 45 de la CE, también para el Poder Judicial. Y que marca, en fin, un camino interesante que, en última instancia, puede conducir hacia la racionalización de enconados conflictos si es capaz de mostrar a la Administración los inconvenientes que conlleva pretender sortear cualquiera de las vertientes del principio de transparencia y a los administrados pautas jurisprudenciales mínimamente seguras.

(51) Que incluyen “la existencia de aguas subterráneas, aguas costeras o reservas naturales en la zona”, sus “condiciones geológicas e hidrogeológicas”, “el riesgo de inundaciones, hundimientos, corrimientos de tierras o aludes” y “la protección del patrimonio natural o cultural de la zona”.

(52) Anexo I.1.2.

(53) Véase mi crítica a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 18 de julio de 2003, relativa a la nave de compostaje de Arazuri, en *JeZ*, núm. 2, 2004.

(54) Tendencia que, en cierto modo, respalda la ya citada STJ de 1 de abril de 2004 (*Braine-le-Château*).



**I. DERECHO COMUNITARIO****Sumario:**

**1. Introducción. 2. Principios generales. 3. Fuentes. 4. Recursos.** A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación. B) Recurso por incumplimiento y recurso por responsabilidad extracontractual. C) Responsabilidad del Estado miembro.

D) Cuestiones prejudiciales. E) Medidas cautelares. **5. Mercado interior.** A) Libre circulación de mercancías. B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento.

a) Libre prestación de servicios. b) Libertad de establecimiento. C) Libre circulación de trabajadores. a) Contenido jurídico. b) Límites. D) Libre circulación de capitales.

a) Suspensión automática de derechos de voto en empresas privatizadas.

b) Bonificaciones tributarias reservadas a los afiliados al régimen nacional de seguridad social. c) Impuesto sobre el patrimonio. Exención aplicable únicamente a los contribuyentes residentes.

**1. INTRODUCCIÓN**

La jurisprudencia del TJCE seleccionada en la presente crónica no contiene doctrina muy novedosa sobre principios generales del Derecho comunitario, fuentes, recursos y mercado interior, si bien en algunos casos introduce matices de interés en la aplicación de la jurisprudencia ya consolidada.

En este sentido, en relación con las cuestiones prejudiciales y junto a temáticas ya consolidadas en la doctrina del Tribunal (como la del concepto de órgano jurisdiccional comunitario, los motivos de admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, el alcance y contenido de la competencia prejudicial del artículo 234 del TCE, etc.), el Tribunal de Justicia ha indagado acerca de cuestiones menos acostumbradas, como, por ejemplo, el alcance y extensión de la competencia prejudicial del artículo 35 del TUE.

**2. PRINCIPIOS GENERALES**

Según el principio de autonomía institucional y procedimental consagrado en la jurisprudencia comunitaria, la decisión sobre los órganos competentes y sobre el procedimiento de ejecución del Derecho comunitario corresponde exclusivamente al Derecho interno. No obstante, este principio no deja a los Estados miembros una libertad absoluta en la

elección de la autoridad y los instrumentos que lleven a cabo el desarrollo del Derecho comunitario. Como ha señalado el Alto Tribunal europeo, si bien corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro determinar el procedimiento jurídico que permita alcanzar la plena eficacia del Derecho comunitario, esta competencia está ciertamente limitada por la misma obligación de los Estados miembros, derivada del Derecho comunitario, de garantizar esta eficacia. Ello no sólo vale para las disposiciones de Derecho comunitario que producen efecto directo, sino para todas las disposiciones cuyo objeto es conferir derechos a los particulares.

Nuestro Tribunal Constitucional ha acogido este principio de autonomía institucional, precisando que, en la ejecución del Derecho comunitario, concurrirá aquella Administración, la del Estado o la de las Comunidades Autónomas, que tenga atribuida la competencia material sobre la que versa la normativa comunitaria (Sentencias 252/1988, de 20 de diciembre y 28/1991, de 14 de febrero).

En su Sentencia de 2 de junio de 2005, en el asunto C-15/04, el Tribunal señala que corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar los organismos de los Estados miembros competentes en materia de procedimientos de contratación pública para dirimir los litigios que afecten a derechos individuales conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario, y recuerda a tal efecto las Sentencias de 24 de septiembre de 1998, Tögel, C-76/97, Rec. p. I-5357, apartado 28, y de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria y otros, C-81/98, Rec. p. I-7671, apartado 49.

La Sentencia del TJCE de 2 de junio de 2005 resuelve una cuestión prejudicial —plantada, con arreglo al artículo 234 CE, por el *Bundesvergabeamt* (Austria)— que se refiere a la interpretación del artículo 1 y del artículo 2, letra b), de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395, p. 33), modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1). Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre *Koppensteiner GmbH* y *Bundesimmobiliengesellschaft mbH*, sobre el acuerdo adoptado por ésta de cancelar una licitación para un contrato público de servicios después de transcurrido el plazo de presentación de ofertas.

En este sentido, resulta preciso recordar que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 dispone que “en lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE y 92/50/CEE (...), los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de

## I. Derecho Comunitario

contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa”. La Bundesvergabegesetz 2002, BGBl I 99/2002 (Ley federal de 2002 sobre contratos públicos), establece una distinción entre decisiones o acuerdos que pueden ser recurridos por separado y decisiones que no pueden serlo.

Pues bien, en la STJCE de 2 de junio de 2005, As. C-15/04, el Tribunal matiza el ámbito de aplicación del principio de autonomía institucional y procedimental por la entrada en juego de la obligación de los Estados miembros derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 10 CE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, obligaciones que se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales (véase, en particular, la Sentencia de 4 de marzo de 1999, HI, C-258/97, Rec. p. I-1405, apartado 25).

En efecto, para el TJCE,

“en el presente asunto consta que, según la normativa nacional aplicable, el Bundesvergabeamt es competente para conocer los recursos relativos a las ‘decisiones’, en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, adoptadas por las entidades adjudicadoras en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios (...) y la legislación nacional aplicable excluye el examen y, en su caso, la anulación, en el marco de un recurso ante el Bundesvergabeamt, de acuerdos consistentes en la cancelación de una licitación después de la apertura de ofertas en un procedimiento de adjudicación abierto. Pues bien, como se ha recordado en el apartado 30 de esta sentencia, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 se oponen a tal exclusión. Dichas disposiciones de la Directiva 89/665 son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG.

En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665”.

### 3. FUENTES

En el período comentado en la presente crónica no existe jurisprudencia novedosa sobre fuentes del Derecho comunitario.

### 4. RECURSOS

#### A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación

Durante al tiempo al cual se suscribe la presente crónica no existen referencias jurisprudenciales importantes en las sentencias recaídas en recursos de anulación o de omisión resueltos por parte de los órganos jurisdiccionales comunitarios.

### **B) y C) Recurso por responsabilidad extracontractual y responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario**

En el período comentado en la presente crónica no existe jurisprudencia novedosa sobre el recurso por omisión, el recurso de anulación, la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario.

### **D) Cuestiones prejudiciales y E) Medidas cautelares**

Curiosamente, sobre todo teniendo en cuenta la excepcional brevedad del lapso de tiempo que comprende esta crónica (no más de un mes y medio), los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han sido de sumo interés.

En primer lugar porque, pese a lo anterior, el número de sentencias no ha sido inferior al de otras ocasiones (más de cuarenta en total), lo que nos ha permitido disponer de no pocos elementos de debate, para llevar a cabo nuestra labor; y es —a nuestro juicio— un dato ciertamente revelador de la “vitalidad” del mecanismo prejudicial.

En segundo lugar, y más importante, por la importancia de los contenidos tratados. Así es, junto a temáticas ya conocidas por todos (como la del concepto de órgano jurisdiccional comunitario, los motivos de admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, el alcance y contenido de la competencia prejudicial del artículo 234 del TCE, etc.), el Tribunal de Justicia ha indagado acerca de cuestiones menos acostumbradas, como, por ejemplo, el alcance y extensión de la competencia prejudicial del artículo 35 del TUE.

Todo lo cual nos lleva a comenzar afirmando que esta crónica es una de las más significativas del período.

Como viene siendo costumbre, las sentencias prejudiciales han ocupado una parte importante del tiempo del Tribunal de Justicia, y son, sin duda, las que más elementos para la reflexión y el análisis nos han brindado. Como en anteriores ocasiones, sigue siendo cierto que el mecanismo prejudicial es víctima de su propio éxito.

También es tradicional que, frente a las cuestiones prejudiciales de validez, sean las cuestiones prejudiciales de interpretación las que más interés despierten, y ésta crónica no es una excepción. De un lado, son mucho más importantes en número las primeras (cuarenta), que las segundas (apenas dos). De otro, sus contenidos son indudablemente más atrayentes.

### **Cuestiones prejudiciales de interpretación**

En lo que aquí interesa, vamos a agrupar los “contenidos prejudiciales” e interpretativos en dos grandes categorías: a) la de contenidos o tópicos tradicionales, esto es, decisiones

## I. Derecho Comunitario

prejudiciales en las que se abordan temáticas de sobra conocidas por todos (el concepto de órgano jurisdiccional, los motivos de admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, la pertinencia o impertinencia de los interrogantes planteados, etc.); y b) la de contenidos o tópicos innovadores, en otras palabras, aquellos pronunciamientos que, aun enfrentando materias ya conocidas (por ejemplo, el alcance y la competencia del Tribunal de Justicia), lo hacen desde una perspectiva poco usual. En la primera categoría se inscribe la práctica totalidad de las sentencias seleccionadas. A la segunda, tan sólo, la **STJUE de 16 de junio de 2005, Pupino, As. C-105/03**, que, por los motivos que más tarde expondremos, va a ser objeto de estudio por separado.

A su vez, vamos a agrupar las sentencias que integran la categoría de contenidos o tópicos tradicionales en tres subgrupos. El primero, formado por aquellas sentencias relativas a los motivos de inadmisión. El segundo está constituido por aquellos pronunciamientos prejudiciales que tratan del alcance y competencia en esta materia de la Corte de Justicia. El tercero lo componen aquellas decisiones que abordan la cuestión del concepto de órgano jurisdiccional y por las que, precisamente, vamos a comenzar.

El concepto de órgano jurisdiccional, a los solos efectos del planteamiento prejudicial, es objeto de estudio en la **STJUE de 31 de mayo de 2005, Syfait e.a., As. C- 53/03**.

En esta sentencia, y con ocasión del planteamiento prejudicial llevado a cabo por el *Epitropi Antagonismou* (órgano de remisión griego), la Curia comunitaria nos recuerda que tan sólo los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden hacer uso del mecanismo prejudicial previsto en el artículo 234 del TCE (apdo. 21 de la Sentencia).

A este respecto, y según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sólo puede considerarse órgano jurisdiccional a los anteriores efectos, aquel que reúna los siguientes requisitos: a) origen legal del órgano, b) permanencia, c) carácter obligatorio de su jurisdicción, d) naturaleza contradictoria del procedimiento, e) aplicación por parte del órgano de normas jurídicas y f) independencia (apdo. 29 de la Sentencia).

El paso siguiente dado por el Tribunal, consiste en la averiguación de si el *Epitropi Antagonismou* es, o no, “órgano jurisdiccional” a los anteriores efectos. Para ello, el Tribunal de Justicia examina la normativa nacional reguladora de la institución (apdos. 22 a 28 de la Sentencia) y, posteriormente, investiga la concurrencia o no en el caso, de los requisitos enunciados con anterioridad. A este respecto, la Corte de Justicia comunitaria manifiesta lo siguiente (apdos. 30 a 36 de la Sentencia):

“(…) Sobre este particular, conviene señalar, en primer lugar, que el *Epitropi Antagonismou* se halla bajo la tutela del Ministro del Desarrollo. Pues bien, una tutela de esta índole implica que el citado Ministro se halla facultado, dentro de ciertos límites, para controlar la legalidad de las resoluciones del *Epitropi Antagonismou*.

A continuación, si bien es cierto que los miembros del *Epitropi Antagonismou* disfrutan de una independencia personal y operativa y únicamente están sujetos, en el ejercicio de sus funciones, a la ley y a su conciencia, en los términos de la Ley núm. 703/1977, no es

menos verdad que no consta que la revocación o la anulación de su nombramiento estén sujetas a garantías especiales. Pues bien, un sistema de esta índole no parece tener entidad suficiente como para obstaculizar eficazmente las intervenciones o presiones indebidas por parte del poder ejecutivo sobre los miembros del *Epitropi Antagonismou* (...).

Debe recordarse, además, que, conforme al artículo 8.c), apartado 1, letras b) y d), de la citada Ley, por una parte, el Presidente del referido organismo está encargado de la coordinación y de la orientación general de la Secretaría; por otra parte, es el superior jerárquico del personal de esta misma Secretaría y ejerce las facultades disciplinarias sobre el citado personal.

Debe señalarse, a este respecto, que el Tribunal de Justicia consideró, en los apartados 39 y 40 de la Sentencia Gabalfrija y otros, antes citada, que los Tribunales Económico-Administrativos (España) son terceros con respecto a los servicios de la Administración tributaria encargados de la gestión, liquidación y recaudación del IVA, en particular debido a la separación funcional entre unos y otros. Ahora bien, el *Epitropi Antagonismou*, órgano decisorio, no se distingue con nitidez, como tercero, del organismo estatal que, por su cometido, puede asemejarse a una parte en el marco de un procedimiento en materia de competencia, en la medida en que guarda una relación funcional con su Secretaría, órgano de instrucción a propuesta del cual actúa.

Finalmente, debe recordarse que un organismo de defensa de la competencia como el *Epitropi Antagonismou* se halla obligado a trabajar en estrecha colaboración con la Comisión de las Comunidades Europeas y puede ser privado de sus atribuciones en virtud de una Decisión de la Comisión, con arreglo al artículo 11, apartado 6, del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO 2003, L 1, p. 1). En este contexto, conviene indicar, por lo demás, que el citado artículo 11, apartado 6, mantiene esencialmente en vigor la norma que figura en el artículo 9, apartado 3, del Reglamento núm. 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), según la cual las autoridades de competencia de los Estados miembros quedarán privadas automáticamente de sus atribuciones cuando la Comisión inicie un procedimiento (...).

Ahora bien, sólo pueden recurrir al Tribunal de Justicia aquellos órganos llamados a pronunciarse sobre un litigio que esté pendiente ante ellos en el marco de un procedimiento que deba concluir con una decisión de carácter jurisdiccional (...).

En los supuestos en que la Comisión priva de sus atribuciones a un organismo nacional de defensa de la competencia, como el *Epitropi Antagonismou*, el procedimiento incoado ante este último organismo no puede concluir con una decisión de carácter jurisdiccional.”

## I. Derecho Comunitario

A la vista de estos datos, la conclusión lógica a la que llega la Curia comunitaria (apdos. 37 y 38 de la Sentencia) es la siguiente:

“(…) el *Epitropi Antagonismou* no tiene el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE.

Por lo tanto, el Tribunal de Justicia no es competente para responder a las cuestiones planteadas por el *Epitropi Antagonismou*”.

La importancia de este pronunciamiento estriba en dos elementos. De una parte, en el recordatorio del Tribunal de Justicia, en el sentido de que, para ser considerado “órgano jurisdiccional” a los efectos del planteamiento prejudicial, dicho órgano debe reunir todos y cada uno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia. Y de otra parte, en el propio sentido del fallo de la sentencia (denegatorio), pues no es frecuente que la Corte de Justicia niegue el carácter jurisdiccional del órgano de remisión.

Sea como fuere, y de acuerdo a la opinión del Tribunal de Justicia, el *Epitropi Antagonismou* no está facultado para hacer uso del mecanismo prejudicial previsto en el artículo 234 del TCE.

El segundo subgrupo de sentencias al que antes nos referíamos –dentro siempre de la categoría de contenidos tradicionales o clásicos de la jurisprudencia prejudicial–, está compuesto por: la STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner, As. C-15/04*; la STJUE de 16 de junio de 2005, *Strabag, As. Ac., C-462/03 y C-463/03*; y la STJUE de 30 de junio de 2005, *Längst e. a., As. C-165/03*. Sentencias estas, en las que se aborda otra temática bien distinta, pero sobradamente conocida: los motivos de inadmisión de las cuestiones prejudiciales.

Como es bien sabido por todos, desde la instauración del mecanismo prejudicial hasta la actualidad, el número de cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia no ha hecho más que aumentar. Ello ha llevado a la Corte de Justicia –so pena de parálisis de la misma– a variar su permisiva jurisprudencia inicial en cuanto a la admisión de cuestiones prejudiciales, por otra mucho más restrictiva (años noventa), recurriendo precisamente a los llamados “motivos de inadmisión”.

Estos “motivos de inadmisión” de delineación jurisprudencial, que consienten al Tribunal de Justicia refutar concretas cuestiones prejudiciales y que permiten aligerar la carga de trabajo del mismo, son los siguientes: a) que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad, o con el objeto del litigio principal, b) que el problema sea de naturaleza hipotética, o c) que el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho, o de Derecho, necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.

Dicho esto, analicemos aquellas sentencias de la Corte de Justicia comunitaria en las que se ha alegado alguno de los motivos de inadmisión, y veamos cuál ha sido la postura mantenida por el Tribunal de Justicia en cada uno de los casos.

En la STJUE de 2 de junio de 2005, Koppensteiner, As. C-15/04, tanto el Gobierno austriaco (apdo. 23 de la Sentencia), como una de las partes en el proceso (BIG, apdo. 24 de la Sentencia), consideran que la cuestión planteada (relativa a la interpretación de una norma comunitaria sobre contratos públicos) es meramente hipotética; pues, el contrato objeto del litigio principal ya ha sido ejecutado, careciendo de interés cualesquiera apreciaciones del Tribunal. Por tanto, y en opinión de las partes, el Tribunal de Justicia estaría facultado para inadmitir –de plano– la cuestión prejudicial planteada.

Sin embargo, la postura del Tribunal es del todo distinta a la defendida por el Gobierno austriaco y por BIG. En efecto, a juicio de la Corte, no es apreciable en el caso concreto el supuesto de inadmisión alegado, ya que (apdos. 26 y 27 de la Sentencia):

“Aunque el Gobierno austriaco y BIG han recordado acertadamente que el Tribunal de Justicia debe negarse a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, o cuando el problema es de naturaleza hipotética (...), las cuestiones planteadas en el presente asunto no tienen manifiestamente estas características.

En efecto, en el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente ha señalado, en su resolución, que plantea las cuestiones para poder pronunciarse sobre si cabe o no admitir la pretensión de que se anule la cancelación de la primera licitación y, en su caso, sobre cuáles serían los motivos de una eventual inadmisibilidad.”

En consecuencia, y no apreciando motivo de inadmisión alguno, el Tribunal de Justicia concluye que: “procede admitir la cuestión prejudicial” (apdo. 28 de la Sentencia).

Conviene precisar ahora, que si bien es cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha experimentado alguna variación en lo que concierne a la admisión o no de las cuestiones prejudiciales; no lo es menos que, tanto en la actualidad como en sus orígenes, la regla sigue siendo la admisión y la excepción los casos de inadmisión.

Todo lo cual se comprende mejor, si tomamos en consideración: a) lo prevenido en los textos de los Tratados (en particular, artículo 234 del TCE), b) la importancia intrínseca del mecanismo prejudicial (concebido como un instrumento de auxilio judicial –que no de imposición– con el que se garantiza una interpretación uniforme del Derecho comunitario), y c) la propia jurisprudencia comunitaria, proclive en todos los casos, a declarar la admisión de las cuestiones prejudiciales planteadas.

Prosiguiendo con los motivos de inadmisión prejudicial, detengámonos ahora en la STJUE de 16 de junio de 2005, Strabag, As. Ac., C-462/03 y C-463/03. En esta sentencia, la Comisión afirma que las cuestiones planteadas (de nuevo atinentes a la normativa comunitaria sobre contratación pública) tienen un carácter “puramente teórico” (apdo. 28 de la Sentencia), dado que:

## I. Derecho Comunitario

“(…) ÖBB tiene la condición de entidad adjudicadora que ejerce una actividad específicamente mencionada en el artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 93/38 y que los proyectos de infraestructuras que se cuestionan en el asunto principal guardan una relación directa con dicha actividad”.

Por el contrario, pero al igual que sucediera en el caso anterior, la opinión del Tribunal de Justicia es del todo discrepante. A su juicio, y no sin antes recordarnos la “regla de la admisibilidad”, así como los supuestos excepcionales de inadmisión (apdos. 29 a 33 de la Sentencia), debe declararse la admisibilidad de las cuestiones planteadas, pues:

“En el presente caso, no consta claramente que las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional correspondan a alguno de dichos supuestos.

En efecto, por una parte, no puede afirmarse que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no guarde relación alguna con la realidad o con el objeto de los litigios principales ni que el problema planteado sea de naturaleza hipotética, ya que la apreciación por el referido órgano jurisdiccional de la legalidad de la utilización del procedimiento negociado de adjudicación de los contratos depende, en particular, de la cuestión de si los proyectos de infraestructuras que se cuestionan en el asunto principal están comprendidos o no dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 93/38.

Por otra parte, el *Bundesvergabeamt* ha facilitado al Tribunal de Justicia todos los elementos necesarios para que pueda dar una respuesta adecuada a las cuestiones planteadas.”

Siempre con relación a los motivos de inadmisión, pero más interesante sin duda, nos encontramos con la STJUE de 30 de junio de 2005, *Längst e. a.*, As. C-165/03; esencialmente, porque se trata de la única sentencia del período en la que el Tribunal de Justicia inadmite una de las cuestiones prejudiciales planteadas.

En las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia por las partes del procedimiento principal (apdo. 29 de la Sentencia), los Gobiernos alemán y español y la Comisión de las Comunidades Europeas ponen en duda la admisibilidad de la segunda cuestión prejudicial, debido a su carácter supuestamente hipotético. Se afirma a este respecto, que el *Land* aún no ha renunciado a recaudar su parte de los derechos controvertidos, de manera que la segunda cuestión se refiere a una situación jurídica que aún no se ha producido.

El Tribunal de Justicia, tras repasar todos y cada uno de los postulados teóricos elementales de su reiterada jurisprudencia en la materia (incluidos los motivos “excepcionales” de inadmisión), sí que tiene en cuenta el motivo de inadmisión alegado (naturaleza hipotética de la cuestión planteada), puesto que (apdo. 34 de la Sentencia):

“En el presente asunto, de la resolución de remisión y de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia por el Gobierno alemán se desprende que, si bien se proyecta modificar la normativa nacional controvertida, de manera que *Land* renunciaría a percibir la parte de los derechos recaudados por los notarios funcionarios por la elevación a escritura pública de los actos a los que se aplica la Directiva 69/335, tal modificación aún no se ha

adoptado. De ello se deduce que el marco jurídico objeto de la segunda cuestión planteada es hipotético.”

Con base en estas consideraciones, la consecuencia lógica a la que se llega no puede ser otra: procede declarar la inadmisibilidad de la segunda cuestión planteada (apdo. 35 de la Sentencia).

Examinados, hasta aquí, el concepto de órgano jurisdiccional y los motivos de inadmisión de las cuestiones prejudiciales, existe un tercer subgrupo de contenidos tradicionales que corresponde considerar: el del contenido y la extensión de la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia.

En efecto, es éste un tema recurrente en la jurisprudencia prejudicial y sobre el que la Corte comunitaria ha tenido ocasión de volver en la **STJUE de 26 de mayo de 2005, Codacons e. a., As. C-132/03**; y, otra vez, en la STJUE de 30 de junio de 2005, *Längst e. a., As. C-165/03*, antes citada.

En la STJUE de 26 de mayo de 2005, *Codacons e. a., As. C-132/03*, el Tribunal de Justicia examina su propia competencia a partir de una premisa esencial: corresponde únicamente al órgano jurisdiccional remitente delimitar el alcance de las cuestiones prejudiciales que considere que debe plantear (apdo. 44 de la Sentencia). Consecuentemente, sólo en la medida en que la cuestión sobrepase el alcance de la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de Justicia no puede examinar precepto objeto de la controversia. Pues bien, eso es, precisamente, lo que ocurre en este caso (apdo. 45 de la Sentencia):

“(…) en la medida en que sobrepasa manifiestamente el alcance de la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de Justicia no puede examinar la cuestión de la legalidad del artículo 2, apartado 2, letra b), del Reglamento núm. 1139/98, suscitada por *Codacons* con carácter subsidiario, a saber, en el caso de que el Tribunal de Justicia llegue a la conclusión de que dicha disposición se aplica igualmente a los productos alimenticios destinados a los lactantes o a los niños de corta edad”.

En otros términos: la cuestión planteada supera con mucho el alcance y contenido de la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia, por lo que su examen resulta improcedente.

Ahora bien, inmediatamente después (apdo. 46 de la Sentencia), la Corte de Justicia salva su eventual falta de competencia, reformulando la cuestión prejudicial planteada en otros términos, así:

“Con el fin de responder a la cuestión prejudicial, procede situar las disposiciones pertinentes del Reglamento núm. 1139/98 en el contexto de la totalidad de la normativa comunitaria en materia de etiquetado de productos alimenticios.”

## I. Derecho Comunitario

De ello se deduce que, incluso allí donde la cuestión prejudicial estaría situada fuera del ámbito competencial del Tribunal de Justicia, éste puede declararse competente, siempre y cuando el planteamiento prejudicial sea susceptible de reubicación, o reformulación, al interno del ámbito material comunitario.

Por su parte, en la STJUE de 30 de junio de 2005, *Längst e. a.*, As. C-165/03, el Tribunal de Justicia evalúa su propia competencia ante un alegato ciertamente difícil: ¿puede conocer prejudicialmente la Corte comunitaria de una cuestión planteada al interno de un procedimiento principal que no tiene carácter contradictorio? Eso es, al menos, lo que plantean (apdo. 24 de la Sentencia) el Sr. *Längst* y el *Bezirkrevisor des Landesgerichts Stuttgart*.

A este respecto, nos recuerda el Tribunal que –según jurisprudencia reiterada– del artículo 234 CE se desprende que los órganos jurisdiccionales nacionales sólo pueden pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie: a) si ante ellos está pendiente un litigio y b) si deben adoptar su resolución en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional.

En virtud de lo anterior, la Corte comunitaria se ve obligada a averiguar e inquirir los caracteres del proceso principal (apdo. 26 de la Sentencia):

“De la normativa nacional aplicable y de las precisiones proporcionadas por el tribunal remitente a instancias del Tribunal de Justicia se desprende que, en el marco del procedimiento que sustancia aquél, se ha oído a todas las partes interesadas y la resolución que debe dictarse tiene por objeto dirimir un litigio. Además, esta resolución es oponible tanto al acreedor como al deudor de los derechos objeto de la nota de liquidación y adquiere fuerza de cosa juzgada frente a todas las partes interesadas si ninguna de ellas interpone ante el *Oberlandesgericht Stuttgart* un recurso, que, además, sólo puede basarse en una cuestión jurídica y debe ser autorizado por el tribunal remitente.”

Habida cuenta de ello, el resultado del examen de competencia llevado a cabo por el Tribunal de Justicia arroja el siguiente resultado (apdos. 27 y 28):

“(…) no cabe afirmar que en el asunto principal el órgano jurisdiccional no deba dirimir un litigio ni que la resolución que haya de dictar no tenga carácter jurisdiccional. (...) procede declarar que el Tribunal de Justicia es competente para responder a las cuestiones planteadas por el *Landgericht Stuttgart* en su resolución de 7 de abril de 2003”.

Por último, también en la STJUE de 12 de julio de 2005, *Schempp*, As. C-403/03, el Tribunal de Justicia investiga su propia competencia, llegando a una solución esencialmente idéntica: admisión de la cuestión prejudicial planteada.

En este caso, la duda de la Corte de Justicia en cuanto a su competencia resulta de la alegación del Gobierno alemán y del Gobierno neerlandés con base en la cual el objeto de la controversia (eventual trato fiscal desigual por razón de nacionalidad) es, en realidad, una situación “puramente interna” (apdo. 21).

Por contra, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión (apdos. 23 a 25 de la Sentencia) de que, al contrario de lo que sostienen los Gobiernos alemán y neerlandés, la situación no reviste los caracteres de “puramente interna”; y que, en consecuencia, la petición prejudicial formulada con arreglo al artículo 234 del TCE se inscribe dentro de la competencia jurisdiccional de la Corte de Justicia (apdo. 26).

La **STJUE de 16 de junio de 2005, Pupino, As. C-105/03**, integra, por sí sola, una categoría propia. Esa que aquí hemos dado en llamar “de los contenidos innovadores”.

En efecto, al igual que las anteriores, en esta sentencia se aborda esencialmente el problema del alcance y contenido de la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia. Pero, a diferencia del resto, estamos en presencia de un pronunciamiento de enorme trascendencia.

En primer lugar, por el hecho en sí, del planteamiento de la cuestión prejudicial con base en el artículo 35 del TUE, dado que no es frecuente que los órganos jurisdiccionales utilicen esta vía prejudicial. La petición de decisión prejudicial está planteada por el Juez de Instrucción del Tribunale di Firenze (Italia), en el marco de un proceso penal seguido contra la Sra. Pupino (maestra de parvulario acusada de haber causado lesiones a alumnos menores de cinco años en el momento en que ocurrieron los hechos) y tiene por objeto la interpretación de los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

En segundo lugar, y lo que es más importante, por la extraordinaria relevancia de los asuntos tratados en esta sentencia.

El Tribunal de Justicia enfrenta en este pronunciamiento tres grandes argumentos, a saber:

- a) El alcance y contenido de la competencia prejudicial prevista en el artículo 35 del TUE, en relación con la prevista en el artículo 234 del TCE.
- b) La eventual extrapolación de la jurisprudencia sobre admisibilidad de las cuestiones prejudiciales formuladas de acuerdo al artículo 234 del TCE, a las peticiones prejudiciales planteadas con arreglo al artículo 35 del TUE.
- c) La posibilidad o no de aplicar el principio de interpretación conforme a las disposiciones derivadas del ejercicio de las competencias previstas en el Título VI del TUE (Disposiciones sobre Cooperación policial y judicial en materia penal).

Tres grandes incógnitas, a cuya resolución consagra los apdos. 19 a 43 de la Sentencia.

En lo que concierne al alcance y contenido de la competencia prejudicial del artículo 35 del TUE, puesta en relación con lo prevenido en cuanto al artículo 234 del TCE, el Tribunal de Justicia afirma (apdo. 19 de la Sentencia) que:

## I. Derecho Comunitario

“En virtud del artículo 46 UE, letra b), las disposiciones de los Tratados CE, CECA y CEEA relativas a la competencia del Tribunal de Justicia y al ejercicio de dicha competencia, entre las que figura el artículo 234 CE, son aplicables a las del título VI del Tratado de la Unión Europea, en las condiciones establecidas en el artículo 35 UE. De ello se deduce que el régimen previsto en el artículo 234 CE se aplica a la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 35 UE, sin perjuicio de las condiciones establecidas en dicha disposición.”

Todo lo cual, resuelve el primero de los interrogantes planteados: el alcance y contenido del mecanismo prejudicial previsto en el artículo 35 del TUE es sustancialmente análogo al diseñado por el artículo 234 del TCE. Esto es, al peculiar mecanismo prejudicial del artículo 35 del TUE, pensado y diseñado para hacer frente a las eventuales peticiones prejudiciales sobre cooperación policial y judicial en materia penal, le son de aplicación las disposiciones de los Tratados por las que se regula el alcance y contenido de la competencia prejudicial “ordinaria” del artículo 234 del TCE.

Ahora bien, del mismo modo que resuelve el primero de los enigmas, lo anterior nos sitúa de frente a la segunda de las incógnitas propuestas: la eventual extrapolación de la jurisprudencia sobre admisibilidad de las cuestiones prejudiciales formuladas de acuerdo al artículo 234 del TCE a las peticiones prejudiciales planteadas con arreglo al artículo 35 del TUE.

En lo que concierne a esta segunda cuestión, la lógica del Tribunal parece ser la misma. Esto es, dado que las disposiciones del artículo 234 del TCE son de aplicación (con las salvedades ya conocidas) al artículo 35, no parece que haya razón alguna para denegar que también lo sea su jurisprudencia y, en particular, su jurisprudencia sobre admisibilidad.

Así pues, la respuesta a esta segunda cuestión es igualmente afirmativa: la jurisprudencia en materia de admisibilidad derivada del artículo 234 del TCE será extrapolable a las peticiones prejudiciales formuladas con arreglo al artículo 35 del TUE. De hecho, es ésta una idea que está implícita en el apdo. 23 de la Sentencia y que se recoge con toda claridad en los apdos. 28 y 29, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Es preciso destacar que, como se ha señalado en el apartado 19 de la presente sentencia, el régimen previsto en el artículo 234 CE se aplica al artículo 35 UE, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esta última disposición.

A semejanza del artículo 234 CE, el artículo 35 UE sujeta el planteamiento de cuestiones al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial a la condición de que el órgano jurisdiccional nacional estime ‘necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo’, de modo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas con arreglo al artículo 234 CE es, en principio, extrapolable a las peticiones de decisión prejudicial planteadas al Tribunal de Justicia en virtud del artículo 35 UE.”

De todo lo anterior, se extraen dos importantes derivaciones:

- a) Que la presunción de pertinencia de que disfrutaban las cuestiones planteadas con carácter prejudicial de acuerdo al artículo 234 del TCE también se aplica, por analogía, a las peticiones prejudiciales formuladas por los órganos jurisdiccionales nacionales con arreglo al artículo 35 del TUE.
- b) Que, por la misma razón, la anterior presunción sólo puede descartarse en los casos excepcionales ya conocidos, a saber: i) cuando resulte evidente que la interpretación solicitada de las disposiciones del Derecho de la Unión mencionadas en dichas cuestiones no tiene relación alguna con la realidad, o con el objeto del litigio principal; ii) cuando el problema sea de naturaleza hipotética, y iii) o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho, o de Derecho, necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas. Salvo en tales supuestos, el Tribunal de Justicia está obligado, en principio, a pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de los actos contemplados en el artículo 35.1º del TUE.

En parte por todo lo dicho hasta aquí, y en parte por las alegaciones de inadmisibilidad presentadas por los distintos Estados parte en el proceso (apdos. 24 a 27 y apdo. 31 de la Sentencia), el Tribunal de Justicia se ve obligado a responder a la tercera y última de las incógnitas planteadas, que es también, la más espinosa (apdos. 31 y 32): ¿puesto que existe una evidente similitud entre el mecanismo prejudicial del artículo 35 del TUE y aquel otro contemplado en el artículo 234 del TCE, podrán aplicarse a las peticiones prejudiciales formuladas con arreglo al primero el mismo principio de interpretación conforme que rige con relación al mecanismo prejudicial previsto para el segundo?

En su respuesta (apdos. 33 a 40 de la Sentencia), el Tribunal de Justicia señala lo siguiente:

- 1) Que la redacción del artículo 34 del TUE, apartado 2º, letra b), está directamente inspirada en la del artículo 249 del TCE, párrafo tercero. El artículo 34 del TUE, apartado 2º, letra b), confiere carácter vinculante a las decisiones marco en el sentido de que éstas “obligarán” a los Estados miembros “en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios” (apdo. 33 de la Sentencia).
- 2) Que el carácter vinculante de las decisiones marco (apdo. 34 de la Sentencia), formulado en términos idénticos a los del artículo 249 del TCE, párrafo tercero, supone para las autoridades nacionales –y en particular para los órganos jurisdiccionales nacionales–, la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional.
- 3) Que la circunstancia de que las competencias del Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 35 del TUE, sean menores en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea que con arreglo al Tratado CE; y el hecho de que no exista un sistema completo de recursos y de procedimientos destinado a garantizar la legalidad de los actos de la

## I. Derecho Comunitario

instituciones en el marco de dicho título VI, no se oponen a esta conclusión (apdo. 35 de la Sentencia).

4) Que con independencia del grado de integración que el Tratado de Amsterdam pretende que se alcance en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa (apdo. 36 de la Sentencia), es perfectamente comprensible que los autores del Tratado de la Unión Europea hayan considerado necesario prever (en el Título VI de dicho Tratado), el recurso a instrumentos jurídicos que produzcan efectos análogos a los previstos en el Tratado CE, con objeto de contribuir eficazmente a la consecución de los objetivos de la Unión.

5) Que la importancia de la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 35 del TUE viene confirmada por el hecho de que, en virtud del apartado 4º de éste, cualquier Estado miembro –hubiere realizado o no una declaración con arreglo al apartado 2º de dicho artículo–, estará facultado para presentar memorias u observaciones por escrito ante el Tribunal de Justicia en asuntos de los contemplados en el apartado 1º de la misma disposición. Dicha competencia se vería privada de la esencia de su efecto útil si los particulares no tuvieran derecho a invocar las decisiones marco a fin de obtener una interpretación conforme del Derecho nacional ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (apdos. 37 y 38 de la Sentencia).

En síntesis, y de acuerdo con el ideario ofrecido por el Tribunal, cabe afirmar que el principio de interpretación conforme –tantas veces utilizado en relación con las peticiones prejudiciales formuladas de acuerdo al artículo 234 del TCE– es válido también para los pronunciamientos nacionales con base en una petición prejudicial formulada con arreglo al artículo 35 del TUE.

A esta conclusión se llega, no sólo por las razones contenidas en los anteriores apartados de la sentencia, sino fundamentalmente por los considerandos que el Tribunal de Justicia formula ante las alegaciones de los Gobiernos italiano y del Reino Unido y que se hayan contenidos en los apdos. 39 a 49 de la Sentencia.

En efecto, los Gobiernos italiano y del Reino Unido alegan que (apdo. 39 de la Sentencia), a diferencia del Tratado CE, el Tratado de la Unión Europea no incluye ninguna obligación análoga a la establecida en el artículo 10 CE, sobre la que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no obstante, se basó en parte para justificar la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional respecto del Derecho comunitario.

Sin embargo, y a juicio siempre de la Corte de Justicia (apdo. 40), debe desestimarse tal alegación, con base en la lógica siguiente:

a) El artículo 1, párrafos 2º y 3º, del Tratado de la Unión Europea dispone que dicho Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa; y que la misión de la Unión (que tiene su fundamento en las Comunidades Europeas completadas con las políticas y formas de cooperación establecidas por dicho Tratado), consiste en organizar de modo coherente y

solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos (apdo. 41 de la Sentencia).

b) En base a lo anterior, sería difícil que la Unión cumpliera eficazmente su misión si el principio de cooperación leal (que supone concretamente que los Estados miembros han de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo al Derecho de la Unión Europea), no se impusiera también en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal (apdo. 42 de la Sentencia).

A la luz de todas las consideraciones precedentes, el Tribunal de Justicia confirma expresamente la conclusión que antes apuntábamos y que es solución de la tercera de las incógnitas planteadas al inicio (apdo. 43 de la Sentencia):

“ (...) es preciso concluir que el principio de interpretación conforme se impone respecto de las decisiones marco adoptadas en el marco del Título VI del Tratado de la Unión Europea. Al aplicar el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la decisión marco y de esta forma atenerse al artículo 34 UE, apartado 2, letra b)”.

En definitiva, el resumen último que de esta importante sentencia cabe formular es el siguiente: existe una identidad básica entre el mecanismo prejudicial del artículo 35 del TUE y aquel otro del artículo 234 del TCE. De donde se colige, además, que con carácter general los mismos principios, reglas y jurisprudencia que se aplican al artículo 234 del TCE lo son también al artículo 35 del TUE, con las especialidades que el mismo establece.

Así pues, en respuesta a las incógnitas iniciales planteadas, se puede afirmar que:

- 1) El alcance y contenido de la competencia prejudicial del artículo 35 del TUE coincide –en lo esencial y con las salvedades ya conocidas– con el de la competencia prejudicial prevista en el artículo 234 del TCE.
- 2) La jurisprudencia sobre admisibilidad, resultado de la labor del Tribunal de Justicia con relación a los planteamientos prejudiciales formulados con arreglo al artículo 234 del TCE, es igualmente aplicable en lo atinente a las peticiones prejudiciales con base en el artículo 35 del TUE.
- 3) El principio de interpretación conforme, plenamente efectivo en lo que concierne al mecanismo prejudicial del artículo 234 y por la misma razón de fondo que en el caso anterior, se impone también respecto del instrumento prejudicial contemplado en el artículo 35 del TUE.

## I. Derecho Comunitario

Fuera ya de categorías y subgrupos, existe un conjunto de sentencias de difícil encaje, en las que el Tribunal de Justicia aborda un tema de importancia menor, pero en modo alguno pueril: el eventual cambio de orden y la posibilidad de reformulación de las cuestiones prejudiciales sometidas a su examen. Se trata de la **STJUE de 26 de mayo de 2005, António Jorge, As. C-536/03** y, de la misma fecha, las **SSTJUE Stadt Sundem, As. C-43/04** y **Kuipers, As. C-283/03**.

En efecto, pese a que la casi total ausencia de formalismos en el proceso prejudicial, hace que el orden en el que el órgano remitente formule las cuestiones prejudiciales –así como los términos de las mismas– no resulte un argumento de especial interés, no por ello debe ser desdeñado.

A este respecto, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia puede cambiar el orden de las cuestiones prejudiciales, así como reinterpretar el sentido de las mismas, con el fin de ofrecer una respuesta útil.

Pues bien, esta facultad no es en absoluto inocua. Dado que, a su través (véase el comentario a la **STJUE de 26 de mayo de 2005, Codacons e. a., As. C-132/03**), el Tribunal de Justicia puede conocer de cuestiones prejudiciales emplazadas más allá del ámbito competencial que le es propio, ampliando el mismo.

Valgan pues estas sentencias –cuyo contenido no tiene demasiado interés–, como recordatorio de la virtualidad práctica que puede llegar a tener esa facultad de reordenar y reformular las cuestiones prejudiciales de la que dispone el Tribunal de Justicia. Sobre todo, si la conectamos al debate en torno a la eventual ampliación de competencias del Tribunal de Justicia, que hemos señalado anteriormente.

### Cuestiones prejudiciales de validez

A este respecto, y como ya anticipábamos al comienzo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no ha aportado nuevos elementos para el debate. De suerte tal, que sólo nos queda dar cumplida noticia de aquellos pronunciamientos prejudiciales que revisten tal carácter, y que no son otros que: la **STJUE de 7 de julio de 2005, Jacob Meijer, As. Ac., C-304/04** y **C-305/04**, y la **STJUE de 12 de julio de 2005, Alliance for Natural Health e.a., As. Ac., C-154/04** y **C-155/04**, cuyos contenidos huelga comentar.

### E) Medidas cautelares

En lo que concierne a esta materia, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tampoco ha aportado novedades de interés.

A título de mero recordatorio, reproducimos a continuación los apdos. 60 a 65 de las **Conclusiones del Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer** (presentadas el 30 de junio de 2005), en relación con el **As. C- 461/03, Gaston Schul Douane-Expeditieur BV vs. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit**; y en las que se señalan los elementos esenciales de la conocida como “doctrina Foto-Frost y Zuckerfabrik”, a saber:

“60. El Tribunal de Justicia ha matizado la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales que corresponde a los órganos jurisdiccionales aludidos en el párrafo segundo del artículo 234 CE, otorgándole el carácter de obligación semejante a la que pesa sobre los tribunales de última instancia. En este sentido, la Sentencia Foto-Frost, a la que me he referido anteriormente, despojó a los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones sean susceptibles de recurso judicial con arreglo al ordenamiento nacional de ‘la facultad de declarar inválidos los actos de las Instituciones comunitarias’.

61. Los fundamentos de esa sentencia de tan conocidos no precisan reiterarse, basta con recordarlos mediante una somera enumeración.

62. Para empezar, el riesgo de que las divergencias entre los órganos judiciales de los Estados miembros sobre la validez de los actos comunitarios comprometan la unidad de este ordenamiento jurídico, perjudicando la exigencia esencial de seguridad jurídica; además, la coherencia del sistema de protección jurisdiccional creado por el Tratado, que ha confiado al Tribunal de Justicia el control de la legalidad en la Unión Europea; por último, el artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia sitúa a este órgano en mejores condiciones para pronunciarse sobre la validez de esos actos, al conferir a las Instituciones el derecho a defender su vigencia en los procesos tramitados en Luxemburgo.

63. Cabe reseñar también que la Sentencia Hoffmann-La Roche, predecesora de la decisión Foto-Frost, había dispensado al juez nacional de la obligación de someter al Tribunal de Justicia una cuestión interpretativa o de validez surgida en un procedimiento sobre medidas provisionales, siempre que las partes pudieran iniciar otro procedimiento sobre el fondo en el que se examinen de nuevo las cuestiones circunstancialmente resueltas, que fueron el objeto de remisión prejudicial. Obsérvese que la sentencia Foto-Frost acepta también este supuesto como única excepción a la obligación de suscitar cuestiones de validez (apartado 19), pero, a diferencia de las conclusiones del abogado general Sr. Mancini, no se refiere en ningún momento a la sentencia Hoffmann-Laroche.

64. A su vez, la Sentencia Zuckerfabrik ha reconocido a los jueces nacionales la facultad de ordenar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo nacional acordado conforme a un reglamento comunitario. Sin ninguna vacilación, los requisitos a que se supedita el aplazamiento del acto sospechoso de ineficacia acotan de forma rigurosa tal eventualidad, pues consisten en que el juez nacional albergue dudas serias acerca de la validez de dicho acto; en la urgencia y el riesgo de que el demandante sufra un perjuicio grave e irreparable y en tener debidamente en cuenta el interés de la Comunidad.

65. La jurisprudencia posterior ha ampliado además la panoplia de ocasiones que permiten medidas provisionales al tiempo que se plantea el incidente prejudicial. Así, a tenor de la Sentencia Atlanta Fruchthandelsgesellschaft y otras (I), el artículo 249 CE no excluye que los tribunales de los Estados miembros utilicen la tutela cautelar para configurar o regular las situaciones o las relaciones jurídicas afectadas por una medida de derecho interno basada en un reglamento comunitario cuya validez esté en tela de juicio.”

### 5. MERCADO INTERIOR

#### A) Libre circulación de mercancías

Como viene siendo habitual, señalamos nuevamente que la libre circulación de mercancías se relega en el texto de la Constitución Europea a la Sección 3ª (llamada precisamente “Libre Circulación de Mercancías”) del Capítulo I (“Mercado Interior”) del Título III (“De la acción y las políticas interiores”) de la Parte III de la Constitución Europea (relativo a “De las Políticas y el funcionamiento de la Unión”), o lo que es lo mismo, los artículos III-36 a III-44 de la Constitución Europea. Por ello estimamos conveniente ofrecer la correspondencia numérica entre los artículos de los Tratados actuales y los de la Constitución Europea (que abreviaremos como CEU, en espera de que este u otro acrónimo acabe por arraigar):

Tratado de la Comunidad Europea (TCE)	Texto de la Constitución Europea (CEU)
Art. 23 TCE (ex art. 9)	Art. III-36 CEU
Art. 24 TCE (ex art. 10)	Art. III-37 CEU
Art. 25 TCE (ex art. 12)	Art. III-38 CEU
Art. 26 TCE (ex art. 28)	Art. III-39 CEU
Art. 27 TCE (ex art. 29)	Art. III-40 CEU
Art. 135 TCE (ex art. 116)	Art. III-41 CEU
Art. 28 TCE (ex art. 30)	Art. III-42 CEU
Art. 30 TCE (ex art. 36)	Art. III-43 CEU
Art. 31 TCE (ex art. 37)	Art. III-44 CEU

En el período objeto de análisis (mayo-septiembre de 2005) se han dictado un total de cinco sentencias en esta materia. La primera de ellas es la **STJCE de 14 de julio de 2006, Sala Primera, Comisión contra República Alemana, As. C-114/04**, sobre la cual no existe aún texto en español, y en la cual se enjuicia la retirada de una autorización para poner a la venta un producto fitosanitario. Según la Ley Alemana sobre protección de las plantas, los productos fitofarmacéuticos no pueden ser vendidos ni importados si no cumplen con la composición prevista por un organismo federal alemán sobre biología. Los importadores paralelos importaban productos fitosanitarios de Francia, de composición idéntica a los alemanes. La autoridad alemana decidió la retirada de un determinado producto, dando un plazo de tiempo reducido para ello, lo que motivó la queja de los importadores paralelos, que no podían deshacerse de los stocks acumulados. Para el Tribunal, “al no haber concedido a los importadores paralelos un plazo razonable para liquidar sus stocks en el caso de la retirada de una autorización de puesta en el mercado de un producto de referencia fitosanitario, la RFA ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 28 TCE”.

En segundo lugar, la **STJCE de 31 de mayo de 2005, Gran Sala, “Hanner”, As. C-438/02**, se ocupa de nuevo del recurrente tema de los medicamentos. En concreto se enjuicia el sistema sueco de medicamentos frente al artículo 31.1 TCE que como sabemos habla de los monopolios nacionales de carácter comercial. En Suecia, con arreglo a la Ley núm. 1152 de 1996 sobre el comercio de medicamentos, la venta al por menor de medicamentos, con o sin receta, sólo puede ser efectuada por el Estado o por personas jurídicas sobre las que éste ejerza una influencia determinante, aunque la propia normativa establece algunas excepciones (venta a hospitales). Desde 1970 este servicio lo gestiona la empresa pública Apoteket. La autoridad sueca inició este procedimiento contra el Sr. Hanner, presidente de una sociedad sueco-noruega por haber comercializado en Suecia unos parches de nicotina.

Para el TJCE el artículo 21.1 TCE se opone a un sistema de medicamentos como el sueco, antes descrito, “es jurisprudencia reiterada que el artículo 31.1 CE, si bien no exige la supresión total de los monopolios nacionales de carácter comercial, prescribe su adecuación de tal manera que quede asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado (Sentencias de 3 de febrero de 1976, Manghera y otros, 59/75, Rec. p. 91; de 13 de marzo de 1979, Hansen, 91/78, Rec. p. 935; de 7 de junio de 1983, Comisión/Italia, 78/82, Rec. p. 1955; de 14 de diciembre de 1995, Banchemo, C-387/93, Rec. p. I-4663 y de 23 de octubre de 1997, Franzén, C-189/95, Rec. p. I-5909).

En efecto, el artículo 31.1 TCE tiene por objeto conciliar la posibilidad de que los Estados miembros mantengan determinados monopolios de carácter comercial, como instrumentos para el logro de objetivos de interés público, con las exigencias del establecimiento y del funcionamiento del mercado común. Pretende suprimir los obstáculos a la libre circulación de mercancías, con excepción, no obstante, de los efectos restrictivos sobre los intercambios que son inherentes a la existencia de los monopolios de que se trata (Sentencia Franzéna, apdo. 39). (...)

Estas circunstancias bastan para concluir que el modo de organización y funcionamiento de Apoteket, y más concretamente su sistema de selección de medicamentos, puede perjudicar al comercio de medicamentos procedentes de otros Estados miembros en relación con el de los medicamentos suecos. Por consiguiente, este monopolio nacional no está organizado de manera que se excluya cualquier discriminación de los medicamentos procedentes de otros Estados miembros. En consecuencia, infringe el artículo 31.1 TCE”.

En tercer lugar, la **STJCE de 26 de mayo de 2005, Sala Primera, “Burmanjer e. a.”, As. C-20/03**, que surge en el marco de un procedimiento penal entablado contra dos empresarios holandeses, a los que se imputaba haber vendido en la vía pública en Ostende (Bélgica), sin obtener autorización previa, suscripciones a revistas por cuenta de la sociedad alemana Alpina GMBH, cuando la “Ley relativa al ejercicio de actividades ambulantes” de 1995, prevé que el ejercicio de tales actividades está sometido a autorización previa.

## I. Derecho Comunitario

Sin embargo, en este caso, el Tribunal declaró la compatibilidad de la ley belga con el Derecho comunitario: El artículo 28 TCE no se opone a una normativa nacional en virtud de la cual un Estado miembro sanciona penalmente la venta ambulante en su territorio, sin autorización previa, de suscripciones a revistas, cuando tal normativa se aplica, sin distinguir según el origen de los productos de que se trate, a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en dicho territorio, siempre que dicha normativa afecte del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos originarios de dicho Estado y a la de los procedentes de otros Estados miembros.

Corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si, habida cuenta de las circunstancias del asunto principal, la aplicación del Derecho nacional puede garantizar que dicha normativa afecte del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros y, en caso de que no sea así, determinar si la normativa objeto de litigio está justificada por un objetivo de interés general en el sentido que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia atribuye a dicho concepto y si es proporcionada a dicho objetivo.

La **STJCE de 26 de mayo de 2005, “Comisión contra Francia”, As. C-212/03**, en la cual el Tribunal enjuicia si constituyen medidas de efecto equivalente tres procedimientos de autorización previa para las importaciones de medicamentos por particulares, previstos en el Código de Salud Pública francés. El Tribunal declara todos ellos contrarios al Decreto Comunitario: La República francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 28 CE al aplicar:

– un procedimiento de autorización previa a las importaciones por particulares, no realizadas mediante transporte personal, de medicamentos regularmente prescritos en Francia y autorizados con arreglo a la Directiva 65/65/CEE del Consejo, de 26 de enero de 1965, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, sobre especialidades farmacéuticas, en su versión modificada por la Directiva 93/39/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, tanto en Francia como en el Estado miembro en que se compran;

– un procedimiento de autorización previa a las importaciones por particulares, no realizadas mediante transporte personal, de medicamentos homeopáticos regularmente prescritos en Francia y registrados en un Estado miembro con arreglo a la Directiva 92/73/CEE del Consejo, de 22 de septiembre de 1992, por la que se amplía el ámbito de aplicación de las Directivas 65/65/CEE y 75/319/CEE relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre medicamentos y por la que se adoptan disposiciones complementarias para los medicamentos homeopáticos, y

– un procedimiento de autorización previa de carácter desproporcionado a las importaciones por particulares, no realizadas mediante transporte personal, de medicamentos regularmente prescritos en Francia y no autorizados en este Estado miembro, sino únicamente en el Estado miembro en que se compran.

Por último, la **STJCE de 8 de septiembre de 2005, Sala Primera, “Yonemoto”, As. C-40/04**, en la que se decide una cuestión prejudicial sobre una máquina importada

de otro estado (con el sello “CE”) que causó un accidente laboral. El Tribunal enjuicia el derecho finlandés sobre máquinas a la luz del Derecho comunitario declarando que la Directiva 98/37 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre máquinas (DO L 207, p. 1) se opone a la aplicación de unas disposiciones nacionales en las que se prevea que el importador a un Estado miembro de una máquina fabricada en otro Estado miembro, provista del marcado “CE” y acompañada de una declaración “CE” de conformidad, deba velar por que dicha máquina responda a los requisitos esenciales de seguridad y de salud establecidos en la citada Directiva.

Sin embargo, dicha Directiva no se opone a la aplicación de unas disposiciones nacionales que obliguen al importador a un Estado miembro de una máquina fabricada en otro Estado miembro a cerciorarse, antes de la entrega de la máquina al usuario, de que ésta esté provista del marcado “CE” y vaya acompañada de la declaración de conformidad junto con una traducción a la lengua o a una de las lenguas del Estado miembro de importación, así como de un manual de instrucciones acompañado de una traducción a la lengua o las lenguas de dicho Estado; también a facilitar, después de entregar la máquina al usuario, cualquier información y prestar toda la colaboración debida a las autoridades nacionales de control si se demuestra que la citada máquina presenta riesgos para la seguridad o la salud con la condición de que las citadas exigencias no supongan someter al importador a la obligación de verificar por sí mismo la conformidad de la máquina con los requisitos esenciales de seguridad y de salud establecidos por la citada Directiva.

Un Estado miembro puede recurrir a sanciones penales para garantizar eficazmente el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Directiva 98/37, con la condición de que dichas sanciones sean análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional de una naturaleza y una importancia similares y de que, en cualquier caso, tengan carácter efectivo, proporcionado y disuasivo.

## **B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento**

### **a) Libre prestación de servicios**

Con carácter previo y como venimos haciendo en los números anteriores de esta Revista advertimos al lector que el texto de la futura Constitución Europea relega la libre prestación de servicios a la Subsección 3ª (llamada precisamente “Libertad de prestación de servicios”) de la Sección 2ª (“Libre circulación de personas y servicios”) del Capítulo I (“Mercado Interior”) del Título III (“De la acción y las políticas interiores”) de la Parte III del Proyecto de Constitución Europea (relativo a “De las Políticas y el funcionamiento de la Unión”), o lo que es lo mismo, los artículos III-29 a III-35 del texto de la Constitución Europea. Por ello, ofrecemos una tabla de las equivalencias entre el texto del actual TCE y el nuevo texto de la Constitución Europea (que abreviaremos como CEU, en espera de que este u otro acrónimo acabe por arraigar).

## I. Derecho Comunitario

Tratado de la Comunidad Europea (TCE)	Texto de la Constitución Europea (CEU)
Art. 49 TCE (ex art. 52)	Art. III-29 CEU
Art. 50 TCE (ex art. 54)	Art. III-30 CEU
Art. 51 TCE (ex art. 55)	Art. III-31 CEU
Art. 52 TCE (ex art. 56)	Art. III-32 CEU
Art. 53 TCE (ex art. 57)	Art. III-33 CEU
Art. 54 TCE (ex art. 58)	Art. III-34 CEU
Art. 55 TCE (ex art. 66)	Art. III-35 CEU

En el período analizado (mayo a septiembre de 2005) se han dictado un total de cinco Sentencias. La primera de ellas, de la que únicamente disponemos del texto original en francés, es la **STJCE de 16 de junio de 2005, Comisión contra Francia, Sala Cuarta, As. C-114/04**, en el que la Comisión pide que se enjuicie si Francia ha cumplido con el ordenamiento comunitario en materia de autorizaciones para servicios de Telecomunicación habiendo incumplido la Directiva 93/17 que regula estas autorizaciones. Francia traspuso dicha directiva en su “Código de Correos y Comunicaciones Electrónicas”. Sin embargo, el Tribunal constata el incumplimiento, al afirmar que al no haber adoptado Francia todas las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas previstas en la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril del 1997, relativa a un marco común para las autorizaciones generales y las licencias individuales en el sector de los servicios de telecomunicaciones, incumpliendo de este modo las obligaciones impuestas por dicha Directiva.

En segundo lugar, la **STJCE de 2 de junio de 2005, Sala Tercera, “Mediakabel”, As. C-89/04**, en la cual se pregunta al Tribunal sobre la interpretación del artículo 1.a) de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO L 298, p. 23), en su versión modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DO L 202, p. 60), y del artículo 1.2 de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (DO L 204, p. 37), en su versión modificada por la Directiva 98/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998 (DO L 217, p. 18).

Dicha cuestión se suscitó en el marco de un procedimiento iniciado por Mediakabel BV contra una resolución del Comisariado neerlandés de los medios de comunicación, mediante la cual éste consideró que el servicio “Filmtime” que Mediakabel ofrecía a sus clientes era un servicio de radiodifusión televisiva sujeto al procedimiento de autorización que se aplica a estos servicios en los Países Bajos. Desde finales de 1999, Mediakabel ofrece a sus abonados un servicio, autorizado por el Comisariado neerlandés, que permi-

te recibir, mediante un abono mensual, y a través de un descodificador, otros programas televisados aparte de los emitidos por el proveedor de la red. Por otra, Mediakabel ofrece a los abonados a su servicio el acceso previo pago (*pay per view*) a programas adicionales incluidos en un servicio denominado “Filmtime”. Si un abonado desea solicitar una película del catálogo “Filmtime”, la pide de modo independiente, con el mando a distancia o por teléfono y, tras identificarse mediante un código personal y pagar mediante cobro automático, recibe una clave personal que le permite ver una o más de las 60 películas que se ofrecen mensualmente en los horarios indicados en la pantalla del televisor o en la guía de programas.

Para el Tribunal:

- 1) El artículo 1.a), de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, en el cual figura el concepto de “radiodifusión televisiva”, define éste de forma autónoma. Dicho concepto no se define por oposición al de “servicio de la sociedad de la información” en el sentido del artículo 1.2 de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, en su versión modificada por la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998 y por tanto no comprende necesariamente los servicios no incluidos en este último concepto.
- 2) Un servicio está comprendido en el concepto de “radiodifusión televisiva” en el sentido del artículo 1.a) de la Directiva 89/552, si consiste en la emisión primaria de programas televisados destinados al público, es decir, a un número indeterminado de telespectadores potenciales, hacia quienes se transmiten simultáneamente las mismas imágenes. La técnica de transmisión de las imágenes no es un elemento determinante a efectos de esta apreciación.
- 3) Un servicio como “Filmtime”, que consiste en la emisión de programas televisados destinados al público y que no se presta a petición individual de un destinatario de servicios, es un servicio de radiodifusión televisiva, en el sentido del artículo 1.a), de la Directiva 89/552. Al analizar el concepto de “servicio de radiodifusión televisiva” debe concederse especial importancia al punto de vista del prestador del servicio. Por el contrario, la situación de los servicios que compiten con el servicio de que se trata no influye en esta apreciación.
- 4) Las condiciones en las que el prestador de un servicio como “Filmtime” cumple la obligación de reservar una proporción mayoritaria de su tiempo de difusión para obras europeas, establecida en el artículo 4.1, de la Directiva 89/552, no influyen en la calificación del servicio como servicio de radiodifusión televisiva.

## I. Derecho Comunitario

En tercer lugar, la **STJCE, Sala Segunda, de 12 de mayo de 2005, Comisión Contra Bélgica, As. C-287/03**, en la que la Comisión pide al Tribunal que declare que Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TCE al aplicar de forma discriminatoria y desproporcionada los requisitos de “similitud” y de “vendedor único” entre productos y servicios adquiridos por los consumidores, por una parte, y productos o servicios que pueden adquirirse gratuitamente o a precios reducidos en el marco de un programa de fidelización, por otra, como condición previa para la aplicación de dicho programa en cuanto prestación de servicios transfronteriza entre empresas. Sin embargo, en esta ocasión el Tribunal desestimó la demanda.

A este respecto, es importante añadir que, si bien un comportamiento estatal consistente en una práctica administrativa contraria a las exigencias del Derecho comunitario puede constituir un incumplimiento a efectos del artículo 226 CE, dicha práctica debe presentar un grado suficiente de continuidad y generalidad (véanse las Sentencias de 29 de abril de 2004, Comisión/Alemania, C-387/99, Rec. p. I-3773, y de 26 de abril de 2005, Comisión/Irlanda, C-494/01, Rec. p. I-0000).

Pues bien, en el presente caso la Comisión no demostró que exista en Bélgica una práctica administrativa que revista las características requeridas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, la Comisión se refiere únicamente a una denuncia presentada por una empresa organizadora de un programa de fidelización, sin aportar la prueba de una aplicación “discriminatoria y desproporcionada” de los requisitos de “similitud” y de “vendedor único” que figuran en el artículo 57.4 de la Ley.

De especial interés resulta la **STJCE, Sala Primera, de 8 de septiembre de 2005, “Mobistar”, As. ac. C-544/03 y C-545/03**, en la que se resuelve una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 59 del TCE (actual artículo 49 CE) y la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones (DO L 192, p. 10), en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones, por la de la Comisión, de 13 de marzo de 1996, sobre los impuestos de varios municipios a las compañías belgas de telefonía móvil.

Para el TJCE, el artículo 49 TCE no se opone a que una normativa de una autoridad nacional o de una corporación local establezca un impuesto sobre las infraestructuras de comunicaciones móviles y personales, utilizadas en el marco de la explotación de las actividades previstas en las licencias y autorizaciones, que se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros y que afecte del mismo modo a la prestación de servicios interna en un Estado miembro y a la prestación de servicios entre Estados miembros.

Por otra parte, las medidas de tipo fiscal aplicables a infraestructuras de comunicaciones móviles no están comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 3 quater de la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, en su versión modificada, en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicacio-

nes, por la Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo de 1996, a no ser que favorezcan, directa o indirectamente, a los operadores que disfruten o hayan disfrutado de derechos especiales o exclusivos en perjuicio de nuevos operadores y a no ser que afecten de forma apreciable a la competencia.

### **b) Libertad de establecimiento**

En el período objeto de análisis (mayo a septiembre de 2005) no se han producido sentencias sobre esta materia.

### **C) Libre circulación de trabajadores**

#### **a) Contenido jurídico**

En relación con el contenido jurídico de la libertad de circulación de trabajadores, el Tribunal de Justicia ha dictado, en el período examinado, dos sentencias relativas al reconocimiento de títulos (**SSTJCE de 14 de julio de 2005, Aslanidou, As. C-142/04 y de 14 de julio de 2005, Peros, As. C-141/04**). En dichas sentencias, ha declarado que si no se han adoptado medidas para adaptar el ordenamiento jurídico interno a las Directivas relativas a un sistema general de reconocimiento de títulos en el plazo señalado en las Directivas, un nacional de un Estado miembro puede invocarlas para obtener, en el Estado miembro de acogida, la autorización para ejercer una profesión regulada. Esta posibilidad, añaden las citadas sentencias, no puede supeditarse a la homologación de los títulos del interesado por las autoridades nacionales competentes.

#### **b) Límites**

La **STJCE de 2 de junio de 2005, Dörr y Ünal, As. C-136/03**, resuelve una cuestión prejudicial planteada por el *Verwaltungsgerichtshof* austriaco, mediante la que dicho órgano se interroga, por una parte, sobre la compatibilidad de la tutela judicial prevista por el ordenamiento jurídico austriaco con las exigencias de la Directiva 64/221 y, por otra, sobre la aplicabilidad de tales exigencias a los trabajadores turcos cuya situación jurídica viene definida por la Decisión núm. 1/80.

En efecto, mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si los artículos 8 y 9 de la Directiva 64/221 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual, por una parte, al examinar los recursos judiciales interpuestos contra una decisión de expulsar de su territorio a un nacional de otro Estado miembro la decisión impugnada únicamente pueda ser objeto de un control de legalidad y, por otra, tales recursos carezcan de efectos suspensivos.

El artículo 9, apdo. 1, de la Directiva 64/221, tiene por objeto asegurar una garantía procesal mínima a los nacionales de los Estados miembros a quienes se deniega la reno-

## I. Derecho Comunitario

vacación del permiso de residencia o contra quienes se adopta una medida de expulsión del territorio. Esta disposición, que se aplica en tres supuestos, a saber, cuando no exista la posibilidad de recurso judicial, cuando dicho recurso se limite a la legalidad de la decisión o cuando carezca de efectos suspensivos, prevé la intervención de una autoridad distinta de la competente para adoptar la decisión. Salvo en caso de urgencia, la autoridad administrativa únicamente podrá adoptar su decisión tras el dictamen emitido por la otra autoridad competente.

Pues bien, en el ordenamiento austriaco, no se ha instituido una autoridad competente en el sentido del artículo 9, apdo. 1, de la Directiva 64/2001. No obstante, según el Derecho comunitario, los supuestos que dan origen a la remisión prejudicial precisería de la intervención de esta autoridad.

En efecto, en primer lugar, el recurso que ofrece el ordenamiento austriaco se limita a la legalidad de la decisión. Así, según el apdo. 47 de la Sentencia:

“(…) al examinar la cuestión del alcance del control jurisdiccional en el marco normativo definido por el órgano jurisdiccional remitente, se pone de manifiesto que la aplicación de la legislación nacional no permite garantizar a los nacionales de otros Estados miembros contra quienes se adopte una resolución por la que se ponga fin a su estancia en el territorio austriaco un examen exhaustivo de la oportunidad de dicha medida, y, por lo tanto, no responde a las exigencias de una protección suficientemente eficaz (véanse, en este sentido, las Sentencias de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651, apdo. 17; de 15 de octubre de 1987, Heylens y otros, 222/86, Rec. p. 4097, apdos. 14 y 15, y Orfanopoulos y Oliveri, antes citada, apdo. 110) (…)”.

Además, el recurso ofrecido por la legislación austriaca carece de efectos suspensivos. Según los apdos. 50 y 51 de la Sentencia:

“Es indiscutible que una normativa de un Estado miembro que no confiera efectos suspensivos a los recursos judiciales contra resoluciones por las que se ponga fin a la estancia de nacionales de otros Estados miembros no responde a las exigencias de la Directiva 64/221, a menos que se instituya una autoridad competente en el sentido del artículo 9, apdo. 1, de dicha Directiva.

Para que se considere que el recurso judicial de que dispongan las personas a que se refiere la Directiva 64/221 tiene efectos suspensivos en el sentido del referido artículo, sus efectos suspensivos deben ser automáticos. No basta que el órgano jurisdiccional competente esté habilitado para ordenar, a instancia del interesado y con determinados requisitos, la suspensión de la ejecución de la resolución por la que se pone fin a su estancia. La alegación del Gobierno austriaco de que, en la práctica, la suspensión de dicha resolución puede ser ordenada sistemáticamente por el órgano jurisdiccional competente no puede desvirtuar esta conclusión.”

Por lo demás, el TJCE concluye que las garantías procesales establecidas en los artículos 8 y 9 de la Directiva 64/221 se aplican a los nacionales turcos cuya situación jurídica se

define en los artículos 6 o 7 de la Decisión núm. 1/80. Así, argumenta que para que los derechos individuales sean efectivos, los trabajadores turcos deben poder invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Con el fin de garantizar la eficacia de esta tutela judicial, resulta indispensable que a dichos trabajadores se les reconozcan las mismas garantías procesales que el Derecho comunitario concede a los nacionales de los Estados miembros y que, por lo tanto, se les permita ampararse en las garantías previstas en los artículos 8 y 9 de la Directiva 64/221 (apdo. 67).

## **D) Libre circulación de capitales**

### **a) Suspensión automática de derechos de voto en empresas privatizadas**

El TJCE ha dictado una importante sentencia en relación con los procesos de liberalización y privatización de los sectores estratégicos. En efecto, la **STJCE de 2 de junio de 2005, Comisión c. Italia, As. C-174/04**, ha declarado que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE al haber mantenido en vigor el Decreto-ley núm. 192, de 25 de mayo de 2001, convertido en Ley núm. 301, de 20 de julio de 2001, por la que se establecen disposiciones urgentes para salvaguardar los procesos de liberalización y privatización de sectores específicos de los servicios públicos. Este Decreto-ley establece una suspensión automática de los derechos de voto correspondientes a las participaciones superiores al 2% en el capital social de empresas que operan en los sectores de la electricidad y del gas cuando tales participaciones son adquiridas por empresas públicas que no cotizan en mercados financieros regulados y que ocupan una posición dominante en su mercado nacional. La finalidad de la citada norma es evitar que, a la espera de una liberalización efectiva del sector energético en Europa, el mercado italiano sea objeto de ataques anticompetitivos por parte de empresas públicas que operen en el mismo sector en otros Estados miembros y que se hallen en una situación más ventajosa.

Pues bien, el TJCE declara, en primer lugar que, en la medida de que el Decreto-ley produce el efecto de disuadir de adquirir acciones de las empresas italianas que operan en el sector de la energía, en particular a las empresas públicas establecidas en otros Estados miembros, constituye una restricción a la libre circulación de capitales, prohibida, en principio, por el artículo 56 CE.

Por lo demás, dicha restricción a la libre circulación de capitales no puede justificarse a la luz de las disposiciones del Tratado. En este sentido, el Gobierno italiano había alegado que el Decreto-ley controvertido pretende salvaguardar unas condiciones de competencia sanas y equitativas en los mercados energéticos italianos y, por otro lado, había invocado también la necesidad de garantizar el suministro de energía en el territorio italiano.

Pues bien, para el TJCE, por un lado, el interés en reforzar la estructura competitiva del mercado de que se trate en general no puede constituir una justificación válida de res-

## I. Derecho Comunitario

tricciones a la libre circulación de capitales (Sentencia de 4 de junio de 2002, Comisión/Portugal, C-367/98, apdo. 52) y, por otro, aunque la necesidad de garantizar el suministro de energía puede justificar una restricción de las libertades fundamentales del Tratado bajo determinadas condiciones, el Gobierno italiano no demuestra por qué resulta indispensable para alcanzar dicho objetivo una limitación de los derechos de voto que sólo se aplica a una determinada categoría de empresas públicas.

### **b) Bonificaciones tributarias reservadas a los afiliados al régimen nacional de seguridad social**

La STJCE de 2 de junio de 2005, *Blanckaert, As. C-512/03*, ha concluido que los artículos 56 CE y 58 CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa de un Estado miembro con arreglo a la cual un contribuyente no residente, que perciba en dicho Estado únicamente rendimientos procedentes de ahorros e inversiones y que no esté afiliado al régimen de seguridad social de dicho Estado miembro, no puede aspirar a disfrutar de las bonificaciones tributarias por seguros sociales, mientras que un contribuyente residente afiliado a ese régimen de seguridad social disfrutará de dichas bonificaciones en el cálculo de su renta imponible aunque sólo perciba rendimientos de la misma naturaleza y no cotice a la seguridad social. En este sentido, aunque en el supuesto controvertido el TJCE considera que existe una restricción a la libre circulación de capitales, advierte que dicha restricción está justificada a la luz de las disposiciones del Tratado.

En efecto, el TJCE declara que el criterio de la afiliación empleado en la normativa de los Países Bajos examinada favorece, en la mayor parte de los casos, a los residentes en dicho Estado miembro, ya que los contribuyentes no afiliados a dicho régimen son, en su mayor parte, no residentes. Así, este tratamiento fiscal menos favorable para los no residentes podría disuadirles de realizar inversiones inmobiliarias en los Países Bajos. Por lo tanto, dicha normativa puede obstaculizar la libre circulación de capitales.

No obstante, el TJCE también considera que una normativa nacional como la controvertida puede justificarse, a la luz del artículo 58 CE, apdo. 1, letra a), por la diferencia objetiva de situaciones que existe entre un afiliado al régimen neerlandés de seguridad social y una persona no afiliada al mismo.

### **c) Impuesto sobre el patrimonio. Exención aplicable únicamente a los contribuyentes residentes**

Mediante la STJCE de 5 de julio de 2005, *D., As. C-376/03*, el Tribunal de Justicia ha examinado la compatibilidad con el Derecho comunitario de la normativa sobre el impuesto del patrimonio neerlandesa. En este sentido, según el artículo 1 de la norma, en su redacción aplicable al año impositivo de que se trata en el litigio principal, están sujetas al impuesto sobre el patrimonio todas las personas físicas residentes en los Países Bajos (contribuyentes residentes) y todas las que, aunque no residan en los Países Bajos, sean propietarias de un patrimonio en dicho Estado (contribuyentes no residentes). Con arre-

glo al artículo 3, apdos. 1 y 2, de esta Ley, los contribuyentes residentes tributan sobre la base del patrimonio mundial que tengan al principio del año natural. Su patrimonio imponible es igual al valor de todos sus bienes menos el importe de todas sus deudas. En virtud del artículo 12 de la citada Ley, los contribuyentes no residentes tributan en función del patrimonio del que sean propietarios en los Países Bajos al inicio del año natural de que se trate. Su patrimonio imponible asciende al valor de sus bienes situados en los Países Bajos menos la cuantía de sus deudas en dicho Estado miembro. Finalmente, el artículo 14, apdo. 2, establece que los contribuyentes residentes tienen derecho a una cantidad exenta que se aplica a su patrimonio mundial, mientras que los contribuyentes no residentes, que tributan por su patrimonio situado en los Países Bajos, no tienen tal derecho.

Pues bien, al igual que en el caso del impuesto sobre la renta (*vid.* Sentencia de 14 de febrero de 1995, Schumacker, C-279/93) el Tribunal de Justicia considera, por lo que respecta al impuesto sobre el patrimonio, que la situación del no residente es distinta de la del residente dado que no sólo la parte principal de los ingresos, sino también la mayor parte del patrimonio de éste se concentran habitualmente en su Estado de residencia. Por consiguiente, este Estado miembro es el más indicado para tener en cuenta la capacidad contributiva global del residente, aplicándole, en su caso, las reducciones previstas por su normativa. En consecuencia, un contribuyente que tiene sólo una parte no fundamental de su patrimonio en un Estado miembro distinto del Estado en el que es residente no se encuentra, por regla general, en una situación comparable a la de los residentes en este otro Estado miembro y la negativa de las autoridades afectadas a concederle la cantidad exenta a la que éstos tienen derecho no constituye una discriminación contra él.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

LUIS F. MAESO SECO

FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

JUANI MORCILLO MORENO

JESÚS PUNZÓN MORALEDA

JOSÉ MARÍA MAGÁN PERALES

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

**II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS****Sumario:**

**1. Introducción. 2. Procesos constitucionales.** A) Recurso de amparo. a) Agotamiento de los recursos ex art. 44.1.a) LOTC: es preceptiva la interposición del incidente de nulidad de actuaciones frente a una incongruencia omisiva. b) Agotamiento de los recursos ex art. 44.1.a) LOTC: no es necesaria ni posible la interposición del incidente de nulidad de actuaciones por error patente en la Sentencia. c) Extemporaneidad del amparo (art. 44.2 LOTC): la interposición del incidente de nulidad de actuaciones debe ser manifiestamente improcedente para que produzca la extemporaneidad del recurso. d) Prolongación artificial del plazo para recurrir en amparo (art. 44.2 LOTC): la solicitud de aclaración al órgano judicial que dictó un Auto para un fin ajeno al que le es propio, produce la extemporaneidad del recurso. e) Trámite de alegaciones (art. 50.3 LOTC): queda proscrita la posibilidad de ampliar la demanda de amparo, aduciendo nuevos derechos que se presumen vulnerados. B) Conflictos competenciales. a) Pérdida sobrevenida del objeto del conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de Navarra contra el llamado “Plan Ibarretxe”. C) Cuestión de inconstitucionalidad. a) El incumplimiento de la exigencia de concretar clara e inequívocamente el precepto cuestionado conduce a la inadmisión de la cuestión (art. 35.2 LOTC). b) La falta de precisión de los preceptos constitucionales vulnerados no conduce de por sí a inadmisión de la cuestión (art. 35.2 LOTC). **3. Conflictos competenciales.** A) Medio Ambiente y Parques Nacionales. Transversalidad del título competencial estatal; concepto de afectación transversal y límites.

**1. INTRODUCCIÓN**

Hemos de destacar de las Sentencias y Autos analizados, dentro del apartado de procesos constitucionales, el ATC de 24 de mayo de 2005, donde se inadmite conflicto competencial del Gobierno de Navarra contra el “Plan Ibarretxe” por pérdida sobrevenida del

objeto del conflicto, al no ser aprobado en el Congreso de los Diputados. A dicho Auto le acompañan dos votos particulares discrepantes de tres Magistrados. En lo referente a los conflictos competenciales, la Jurisprudencia es poco novedosa y apenas interesante, referida esencialmente a medio ambiente y, en concreto, a la gestión de parques naturales.

## 2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

### A) Recurso de amparo

#### a) Agotamiento de los recursos ex artículo 44.1.a) LOTC: es preceptiva la interposición del incidente de “nulidad de actuaciones” frente a una incongruencia omisiva

En la STC 115/2005, de 9 de mayo, Sala Segunda, se estima un amparo contra resoluciones de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Madrid, en ejecución de sentencia firme respecto de unas liquidaciones tributarias de IVA. Sin embargo, el TC estima el óbice procesal del Abogado del Estado al entender que no puede alegarse incongruencia omisiva, e inadmite parcialmente la demanda de amparo en este extremo, pues no se interpuso en su día el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el art. 240.3 LOPJ (ahora en el art. 241), ya que éste es el cauce procesal adecuado para remediar en la vía judicial los defectos procesales que causen indefensión o las resoluciones incongruentes en defecto de recurso válido.

#### b) Agotamiento de los recursos ex artículo 44.1.a) LOTC: no es necesaria ni posible la interposición del incidente de “nulidad de actuaciones” por error patente en la Sentencia

En la STC 114/2005, de 9 de mayo, Sala Primera, se estima amparo contra Sentencia del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial de Ávila en una separación matrimonial. A diferencia de la anterior Sentencia comentada, el Tribunal Constitucional desestima el óbice procesal de falta de interposición del incidente mencionado con el fin de cumplir el requisito del art. 44.1.a) LOTC, pues no resulta un cauce procesal adecuado para obtener la nulidad de la Sentencia por razones de fondo o irrazonabilidad, como ocurre en este caso, pues existe un vicio de error patente sufrido por ambas instancias jurisdiccionales, cual era entender que el saldo de una cartilla era de 20.019 pesetas, cuando realmente era de ;19! pesetas.

#### c) Extemporaneidad del amparo (art. 44.2 LOTC): la interposición del incidente de “nulidad de actuaciones” debe ser manifiestamente improcedente para que produzca la extemporaneidad del recurso

En la STC 85/2005, de 18 de abril, Sala Primera, se otorga amparo contra Sentencia y Auto de la Sala de lo C-A del TSJ de Canarias que inadmitió una demanda contra el Instituto de la Vivienda de las FFAA por extemporánea. Ante el óbice procesal planteado de

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

la improcedencia del recurso al incidente de nulidad de actuaciones, el Tribunal Constitucional considera que no es improcedente su utilización pues al apreciar erróneamente la Sentencia la extemporaneidad del recurso, le había generado indefensión, por más que se quiera afirmar que la referida causa de inadmisibilidad fue planteada por el Abogado del Estado y contestada por el recurrente. Haya o no indefensión, que corresponde a un análisis sobre el fondo, no hay una palmaria y fraudulenta intención al interponer el incidente, en definitiva, voluntad de alargar artificialmente el plazo de la demanda de amparo.

Igual doctrina se sustenta en la **STC 127/2005, de 23 de mayo**, Sala Primera, que otorga amparo respecto de los Autos de la Sala Tercera de lo C-A del Tribunal Supremo que declararon desierto un recurso de casación y denegaron la nulidad de actuaciones, pero no lo declararon inadmisibles, ni el Tribunal Supremo manifestó que fuera improcedente. Simplemente entró en el fondo de la pretensión, aunque lo hiciera en sentido contrario al solicitado, lo que de por sí desautoriza la consistencia de este reproche procesal planteado por el Ministerio Fiscal acerca del alargamiento artificial del plazo establecido para la demanda de amparo.

### **d) Prolongación artificial del plazo para recurrir en amparo (art. 44.2 LOTC): la solicitud de aclaración al órgano judicial que dictó un Auto para un fin ajeno al que le es propio, produce la extemporaneidad del recurso**

En la **STC 77/2005, de 4 de abril**, Sala Segunda, se inadmite amparo contra Auto, que resolvió recurso de súplica, de la Sala de lo C-A del TSJ del País Vasco que inadmitió un recurso de apelación en contencioso sobre sanción administrativa. En este caso, la petición de aclaración hace vislumbrar para el TC una intención meramente dilatoria o defraudatoria, el pedir en el mismo el demandante en amparo si el Auto estaba dotado de firmeza o cabía recurso alguno y cuál era; no suponiendo una revisión del contenido decisorio de la resolución, sino una mera información. La información que se pide en la aclaración ni siquiera es un acto que compete al juez, sino que es de los que tengan encomendada la función de notificación de las decisiones judiciales. De este modo, la finalidad perseguida por el recurrente no podía obtenerse en ningún caso a través de la vía de la aclaración que permite el art. 267 LOPJ, sino mediante la presentación del oportuno escrito de interposición del recurso que considerase procedente contra la resolución notificada. Se produce de manera palmaria un ánimo de dilatar artificiosamente el plazo legalmente fijado para la interposición de la demanda de amparo.

### **e) Trámite de alegaciones (art. 50.3 LOTC): queda proscrita la posibilidad de ampliar la demanda de amparo, aduciendo nuevos derechos que se presumen vulnerados**

En la **STC 120/2005, de 10 de mayo**, Sala Segunda, se otorga amparo contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (delito fiscal). El recurrente, una vez interpuesta la demanda de amparo, aduce, mediante escrito, con posterioridad a la interposición y con anterioridad a la formulación de alegaciones, que se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías; lo que para el TC, en su FJ 2º, resulta inadmisibles. El recurrente aduce que no se trata en realidad, de una ampliación del escrito de demanda, sino de una subsanación de un error material cometido en el mismo al haberse omitido

la transcripción de un párrafo. Para el TC, se trate o no de un error, la reiterada doctrina constitucional señala, respecto del carácter preclusivo de la demanda de amparo, y que no procede admitir este motivo, extemporáneamente introducido con posterioridad a la interposición de la misma, al suponer dicha introducción la invocación de un nuevo derecho fundamental y no tratarse de un hecho sobrevenido con posterioridad a su presentación, que sea íntimamente conexo a los derechos planteados en la demanda, y no susceptibles de una nueva demanda y posterior petición de acumulación (ATC 336/1995, de 10 de mayo).

## **B) Conflictos competenciales**

### **a) Pérdida sobrevinida del objeto del conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de Navarra contra el llamado “Plan Ibarretxe”**

En el ATC de 24 de mayo de 2005, Pleno, se declara la desaparición del objeto del conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno Navarro contra la denominada “Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi”, pues en ella se producen perturbaciones competenciales para la Comunidad Foral. El TC resuelve este asunto en un parco y único fundamento jurídico. Del juicio de la mayoría disienten dos extensos **Votos Particulares**, uno del Magistrado Rodríguez Arribas, al que se adhiere el Magistrado García-Calvo Montiel, y otro suscrito por el Magistrado Rodríguez-Zapata.

El Tribunal sostiene que la propuesta de Estatuto no ha tomado una forma definida y acabada como consecuencia de su rechazo en el Congreso de los Diputados en trámite de debate de totalidad. No culminándose el procedimiento legislativo específico, las potencialidades infractoras que pudieran predicarse de su contenido quedan definitivamente conjuradas, decayendo así el objeto propio del conflicto. El Pleno no estima de aplicación, por lo tanto, la doctrina según la cual la derogación o pérdida de validez de una norma no debe necesariamente dar lugar al fin al conflicto, pues es preciso huir de todo automatismo y ponderar en cada caso las circunstancias en presencia para decidir la pervivencia de la controversia competencial. En este caso, la falta de formalización jurídica determina la falta de afectación a la identidad y autonomía navarras.

En el primer voto particular, el Magistrado discrepante entiende que el conflicto no desaparece sin más cuando la norma no llega a aprobarse, puesto que el TC siempre ha abonado una interpretación extensiva (STC 290/2000) al entender que no hay pérdida sobrevinida del objeto por el hecho de que la norma sea expulsada del ordenamiento, como hemos comentado en anteriores crónicas. Más interesante nos parece el segundo Voto particular, donde se hace hincapié en que el objeto esencial de este conflicto es la regulación constitucional de competencia y no la validez o nulidad del acto que se cuestiona, no siendo decisiva la culminación del proceso normativo para declarar desaparecido el conflicto, y se debía de haber ponderado por parte del TC la seguridad jurídica y la estabilidad del proceso y, para ello, tendría que haberse pronunciado sobre el fondo del asunto, que es la esencia de un Tribunal de conflictos entre entes territoriales.

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

A nuestro juicio, la solución adoptada es técnica y procesalmente correcta. Que el procedimiento legislativo no llegara a concluir con la aprobación de una norma, y se agotara en el trámite de una proposición no tomada en consideración por las Cortes, impide pensar en la existencia de una lesión competencial o cuando menos de una seria amenaza de interferencia y disputa competencial. El conflicto ni era actual o real, ni siquiera preventivo y virtual, sino un mero disenso entre las partes imposible de enjuiciamiento por carecer de eficacia externa o potencialidad lesiva de competencias.

### C) Cuestión de inconstitucionalidad

#### a) El incumplimiento de la exigencia de concretar clara e inequívocamente el precepto cuestionado conduce a la inadmisión de la cuestión (art. 35.2 LOTC)

En la **STC 122/2005, de 11 de mayo**, Pleno, se inadmite una cuestión planteada por el Juzgado de lo C-A núm. 1 de Oviedo respecto de disposiciones de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante por vulneración de la reserva de ley en materia tributaria. Sin embargo, en el único fundamento de la Sentencia se plantea el problema de que el órgano judicial no concreta la ley cuestionada, ya que el Auto no identifica cuál de las dos redacciones que ha tenido el precepto cuestionado es el relevante, si el de la Ley de 1997 o el de la de 1992, pues las cita indistintamente, “pareciendo”, a juicio del Fiscal, que el Auto atiende a la versión de 1992, apreciación que no comparte el Abogado del Estado, quien se inclina por la versión de 1997. Así las cosas, el TC resuelve de plano la controversia, declarando inadmisibles la cuestión, pues incumple la exigencia de concretar de modo claro e inequívoco la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona (art. 35.2 LOTC)

#### b) La falta de precisión de los preceptos constitucionales vulnerados no conduce de por sí a inadmisión de la cuestión (art. 35.2 LOTC)

En la **STC 138/2005, de 26 de mayo**, Pleno, se estima una cuestión de inconstitucionalidad contra el párrafo 1º del art. 136 del Código Civil, planteado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Madrid acerca de si se vulnera la tutela judicial en un caso de acción de impugnación de la filiación matrimonial cuando el marido ignora que no es el progenitor biológico del inscrito como hijo en el Registro Civil. El problema procesal que se plantea se reduce a que el Juez incurre en un defecto formal que no es de los que abocan a la inadmisión, que consiste en que ni a las partes ni al Fiscal les precisó en la Providencia por las que le dio audiencia que concurría también una vulneración del art. 14 CE, como así se establece en el Auto.

El TC reitera la doctrina de la **STC 120/2000**, al exigir, como regla general, que exista identidad entre los criterios constitucionales que emplea el órgano judicial para formular sus dudas a las partes en el proceso y al propio TC y aquellos que esas mismas partes han tenido oportunidad de conocer, proponer y alegar el trámite previo del art. 35.2 LOTC:

“Desde luego un cuestionamiento de la constitucionalidad de la ley que sea ajeno por completo a lo alegado en el trámite previo podría imponer la conclusión de que el trámite mismo

quedó privado de toda virtualidad, con los efectos consiguientes sobre la admisibilidad de la cuestión, pero, al margen de este supuesto extremo, no cabe desconocer que las propias alegaciones de las partes pueden contribuir, con toda normalidad, a delimitar o modular la duda de constitucionalidad que abriga el órgano judicial, al que tampoco cabe negar, junto a ello, la precisión y determinación técnico-jurídica de lo que las partes hayan aducido sobre la constitucionalidad del precepto legal; todo lo cual puede conducir a modificar o a ampliar, en el Auto de llamamiento el parámetro de constitucionalidad inicialmente propuesto por el órgano judicial o identificado, como en este caso, por las partes” (FJ 2º).

### 3. CONFLICTOS COMPETENCIALES

La jurisprudencia relativa a conflictos competenciales, dictada en el período objeto de la presente crónica resulta poco interesante y centrada fundamentalmente en la materia relativa a Medio Ambiente y dentro de ella a la gestión de los Parques Nacionales. Así la **STC 81/2005, de 6 de abril**, se limita a reproducir y aplicar la jurisprudencia sentada ya en las previas SSTC 194/2004, de 4 de noviembre, y 32/2005, de 17 de febrero. Nada debe ser reseñado de especial al respecto excepto la disensión de tres magistrados sobre el alcance que deba darse a dicha jurisprudencia. Tampoco merece un comentario individualizado la **STC 100/2005, de 19 de abril**, complementaria de la anterior y que tan sólo se limita a reiterar la numerosa jurisprudencia relativa a la distribución competencial en materia de potestad sancionadora de la administración (su carácter instrumental respecto a la competencia sustancial de que se trate) en virtud de lo cual declara inconstitucional una norma estatal en la medida en que al fijar un tipo excesivamente amplio impide ejercer sus competencias a los entes autonómicos.

En fin, sólo la STC 101/2005, de 19 de abril, merece un comentario individualizado puesto que introduce una importante clarificación de la jurisprudencia en materia de medio ambiente.

#### **A) Medio Ambiente y Parques Nacionales (art. 149.1.23ª): Plan Director de la Red de Parques Nacionales. Transversalidad del título competencial estatal; concepto de afectación transversal y límites**

En la **STC 101/2005, de 19 de abril**, se resuelve un conflicto de competencias planteado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra el Real Decreto 1803/1999, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Director de la Red de Parques Nacionales. En particular se cuestionan las prescripciones contenidas en el Plan bajo el nombre de *directrices* que, a juicio de la Comunidad Autónoma recurrente, además de ser de obligado cumplimiento contienen un grado de detalle excesivo de manera que invade las competencias autonómicas para la elaboración de los Planes de Ordenación de los Recursos y los Planes Rectores de Uso y Gestión de los Parques Nacionales.

Para resolver la cuestión competencial planteada, el Tribunal realiza una serie de consideraciones generales en donde sistematiza y clarifica su jurisprudencia sobre la materia (FJ 5º).

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

En primer lugar, recuerda que en su jurisprudencia anterior (SSTC 102/1995 y 194/2004) ya asumió que las directrices en la materia aprobadas por los poderes centrales pueden condicionar los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales aprobados por las Comunidades Autónomas. Pero, ello no prejuzgaba la impugnación en concreto de algunas directrices que pudieran vulnerar las competencias autonómicas fuera por su excesivo grado de detalle o por cualquier otro motivo competencial. De este modo, las directrices poseen *carácter básico* y por tanto pueden condicionar también los Planes Rectores de Uso y Gestión de los Parques Nacionales. Ello sin perjuicio de que las directrices deben someterse a las mismas condiciones (materiales y formales) de toda norma básica.

Sin embargo, recuerda el Tribunal, en materia de Medio Ambiente los conceptos habitualmente utilizados para la definición de las normas básicas deben complementarse con tres criterios que ha ido elaborando a lo largo de su jurisprudencia.

El “primer criterio” consiste en el deber que pesa sobre las instancias centrales de permitir un margen de desarrollo a las Comunidades Autónomas que, aun siendo menor que en otros ámbitos materiales, no llega hasta el punto de alcanzar tal grado de detalle que no permita el desarrollo legislativo autonómico, vaciando, así, las competencias de los entes regionales (con cita expresa de la STC 102/1995).

El “segundo criterio” se refiere a la función de “ordenación de mínimos” que cumple lo básico en la materia Medio Ambiente. De esta forma, la Comunidad Autónoma siempre podrá conferir niveles de protección más altos que los establecidos por el Estado (de nuevo con cita expresa de la STC 102/1995).

Finalmente, el “tercer criterio” implica una construcción novedosa tratando de conferir mayor claridad a la situación competencial creada en materia de Medio Ambiente como consecuencia de la habitual concurrencia de diversos títulos competenciales sectoriales de distinta intensidad, contenido y naturaleza. Para ello utiliza el concepto “afectación transversal”. En concreto el Tribunal trata de determinar el alcance de la “afectación transversal” que las directrices básicas medioambientales pueden tender sobre las competencias autonómicas en materia de Medio Ambiente, pero también en otras competencias afectadas (ordenación del territorio, caza, pesca fluvial, etc). Así considera que la “afectación transversal” del título básico del art. 149.1.23<sup>a</sup>, “será conforme con el orden constitucional de competencias, en su condicionamiento de las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas, cuando dicha afectación se traduzca en la imposición de límites a las actividades sectoriales en razón de la apreciable repercusión negativa que el ejercicio ordinario de la actividad sectorial de que se trate pueda tener para la preservación de los parques nacionales. Cuando así ocurra, los límites impuestos podrán calificarse de normas básicas *ex art. 149.1.23<sup>a</sup>*” [FJ 5.c)].

En fin, existirá vulneración de las normas constitucionales, continúa el Tribunal, cuando la norma que afecta transversalmente las competencias autonómicas no se dirija a “fijar límites específicos o puntuales”, sino a llevar a cabo “una regulación de mayor alcance”, incluso aunque la finalidad de la regulación sea la protección ambiental. En tales supues-

tos, estaríamos ante normas encuadrables en la materia sectorial de que se trate y deberán aplicarse las normas distributivas aplicables a las mismas.

El Tribunal procede a examinar la totalidad de los preceptos impugnados a partir de los tres criterios previamente expuestos declarando la inconstitucionalidad de varios de los mismos, produciéndose el disenso de algunos magistrados no sobre el fondo de tales criterios, sino sobre su aplicación en determinados supuestos de concurrencia con los títulos relativos a caza y pesca.

Lo más interesante de la decisión comentada es sin duda la formulación del tercer criterio interpretativo en la materia de Medio Ambiente a través de la utilización del concepto “afectación transversal”. Con tal concepto el Tribunal Constitucional ha reconocido algo que estaba claramente presente en su jurisprudencia anterior pero que se resistía a declarar con toda nitidez y, mucho menos, a tratar de conceptualizar: el carácter horizontal de la materia Medio Ambiente, susceptible de afectar simultáneamente a otros títulos competenciales estatales y autonómicos. La falta de claridad había, a nuestro juicio, dado lugar a una jurisprudencia excesivamente errática en la resolución de los sucesivos, y numerosos, conflictos en la materia de modo que no era fácil predecir razonablemente cuáles eran los límites de la actuación estatal.

Al utilizar el término *afectación transversal* el Tribunal no ha usado el concepto habitualmente formulado por la doctrina (competencia horizontal o transversal) y objeto de fuertes controversias y duras críticas (especialmente desde las instancias autonómicas), pero ha descrito una situación muy similar. Sin embargo, dando un paso más que debe, *a priori*, entenderse como correcto, ha tratado de definirlo en términos restrictivos como una potestad para fijar límites puntuales a las competencias autonómicas en razón de la finalidad tuteladora del medio ambiente, y excluyendo cualquier regulación general que menoscabe otras competencias autonómicas. De esta forma trata de limitar la indudable *vis expansiva* presente en todo título competencial susceptible de afectar simultáneamente a varios sectores competenciales autonómicos. El grado de éxito de este intento clarificador y limitador del título competencial estatal sólo podrá determinarse en la futura aplicación del antecitado concepto.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

RAÚL CANOSA

RAFAEL BUSTOS

ISABEL PERELLÓ

ALFREDO ALLUÉ

IGNACIO GARCÍA VITORIA

MARÍA DÍAZ CREGO

MIGUEL PÉREZ-MONEO

**III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS****Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos**

- Humanos.** A) Introducción. B) Prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH). a) Estado de las cárceles incompatible con la dignidad humana en varios países. b) Expulsión a país en el que puede sufrir malos tratos. Inexistencia en el caso de Irak. C) Interpretación excesivamente formalista de los plazos para la casación (art. 6 CEDH). Prioridad de las obligaciones del Convenio sobre las impuestas por otros tratados internacionales. D) Derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). a) Derecho a la vida privada. Registro domiciliario desproporcionado. b) Derechos parentales. c) Derecho al nombre. E) Libertad de expresión (art. 10 CEDH). a) Críticas a Ministros. b) Proporcionalidad de las indemnizaciones. F) Disolución de partidos políticos y derecho de asociación (art. 11 CEDH). G) Derecho de propiedad e interdicción de expropiaciones indirectas (art. 1 Pro.1 CEDH). H) Obstaculización del derecho al recurso individual (art. 34 CEDH). **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Tutela judicial efectiva y garantías en los procesos (art. 24 CE). a) Acceso a la justicia y plazo de caducidad de las acciones. b) Acceso a la justicia e interpretación excesivamente restrictiva de las causas de inadmisión. c) Acceso a la justicia y legitimación activa de los sindicatos. d) Alegaciones del recurrente: motivación por remisión. e) Distinción entre la introducción de pretensiones no suscitadas ante la Administración y el planteamiento de nuevas alegaciones. f) Tutela judicial efectiva sin indefensión: incongruencia omisiva. g) Acceso al recurso legal y justicia gratuita: plazo de interposición cuando hay cambio de abogado. h) Ejecución de sentencia, intangibilidad de las resoluciones firmes. B) No existe derecho constitucional de los extranjeros a entrar en España (art. 19 CE). C) Sanción por mal estacionamiento a un participante en manifestación (art. 21 CE). D) Alcance del examen de las Mesas parlamentarias de las solicitudes de comparecencia (art. 23.2 CE). **4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.** A) Igualdad (art. 14 CE). a) Igualdad de hijos extramatrimoniales Las sucesiones abiertas y agotadas antes de la

entrada en vigor de la Constitución se rigen por la legislación vigente en el momento de la muerte del causante: no aplicación retroactiva de la Constitución. b) Derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley. B) La utilización de expresiones vejatorias o insultantes contra un periódico rival y su director no quedan protegidas por la libertad de información (art. 18 CE). C) Derecho a acceder a cargos públicos (art. 23.2 CE). E) Legitimación para instar la ejecución de una sentencia. Concepto de “personas afectadas” (art. 24.1 CE). F) Extranjeros (art. 13 CE). a) Expulsión de extranjera por carecer de medios de vida y presunción de inocencia. b) Expulsión de extranjero por hechos que son objeto de enjuiciamiento. c) Revocación de derecho de asilo. d) Denegación de nacionalidad española. e) Indevida inadmisión de solicitud de asilo de ciudadano cubano.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica se analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada entre el 1 de abril y 26 de junio de 2005, del Tribunal Constitucional desde la STC 69/2005, de 4 de abril, a la STC 139/2005, de 26 de mayo, y del Tribunal Supremo, de las Salas Primera y Tercera, dictadas entre febrero y junio de 2005.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

### A) Introducción

Entre el 1 de abril y el 26 de junio de 2005 (última fecha disponible en la Web en el momento de redactar la crónica) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto un total de 235 asuntos.

De los que, como es habitual un importante número (63) son condenas por dilaciones indebidas en los procedimientos judiciales, destacando en esta ocasión Grecia, con 19 y Ucrania con 13. No hay condenas a España. De todas ellas quizá la más interesante, en cuanto parece imponer un criterio estricto para apreciar las dilaciones, que con frecuencia se incumpliría en España, es el caso **Horvathova contra Eslovaquia**, de 17 de mayo, en el que se considera que vulnera el Convenio una duración acumulada entre la justicia ordinaria y la constitucional de “sólo” 5 años y un mes.

También hay varios casos de duración excesiva de la detención/prisión provisional, entre ellos, por ejemplo, **Rokhlina contra Rusia**, de 7 de abril, y **Kolev contra Bulgaria**, de 28 de abril.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Como en otras crónicas, son muy numerosas las condenas a Turquía en asuntos relacionados con la lucha contra el terrorismo kurdo. Entre ellos hay casos de vulneración del derecho a la vida, como **Acar y otros**, y **Süheyla Aydin**, ambos de 24 de mayo, de vulneración, del artículo 5 por excesiva duración de la prisión provisional, por ejemplo, **Alí Hidir** de 5 de abril (5 años y dos meses) o **Dereci**, de 24 de mayo (7 años y tres meses), por falta de imparcialidad de las Cortes de seguridad Turcas en la que uno de sus componentes era un militar, como en el caso **Balcik**, de 26 de abril, vulnerando el artículo 6, o por condenas penales contrarias a la libertad de expresión, **Falakaoglu** de 26 de abril o **Teslim Töre**, de 19 de mayo. De todas ellas quizá la de más repercusión pública es el caso **Öcalan** de 12 de mayo, que confirma en todos sus extremos la Sentencia de Sala de 12 de mayo de 2003 y reafirma la violación de los artículos 3, 5 y 6 del convenio en el arresto en Kenia del líder del Partido de los Trabajadores de Kurdistan, su traslado a Turquía su juicio y condena a muerte, posteriormente conmutada por la de cadena perpetua.

De las restantes, las más importantes son:

- Supuestos de tratos inhumanos y degradantes derivados de las condiciones de detención **Novosolev contra Rusia**, o de la expulsión a otro país **Müslin contra Turquía**.
- Plazos para los recursos. Prioridad de las obligaciones del CEDH sobre otros Tratados internacionales **Kaufmann contra Italia**.
- Varios supuestos de vida privada y familiar, relativos a registros **Buck contra Alemania**, derechos parentales **Monory contra Rumania** y **Hungría**, entre otros, y derecho al nombre **Znamenskaya contra Rusia**.
- Libertad de expresión. Críticas a Ministros; **Turhan contra Turquía**, Proporcionalidad de las indemnizaciones **Independents News and Media** y otro **contra Irlanda**.
- Disolución de partidos políticos: **Emek Partisi** y **Senol** **contra Turquía**. Partido de la Democracia y el Cambio y otros **contra Turquía**.
- Interdicción de expropiaciones indirectas **Pasculli contra Italia**.
- Obstaculización del derecho al recurso individual **Sisojeva** y otros **contra Letonia**.

#### **B) Prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH)**

##### **a) Estado de las cárceles incompatible con la dignidad humana en varios países**

El TEDH continúa pronunciando condenas por el estado de las cárceles en algunos países siguiendo lo que ya cobra visos de una jurisprudencia consolidada y razonablemente activista. Continuando el elenco de sentencias recogidas en la crónica del núm. 28, así como la denuncia general formulada en el reciente y extenso Informe, de fecha 25 de abril de

2005, del Comisionado para los derechos humanos del Consejo de Europa tras su visita a la Federación Rusa, y el precedente, entre otros, de Kalashnikov contra Rusia, igualmente reseñado en esta revista, podemos situar el Caso **Novosolev contra Rusia**, de 2 de junio de 2005. La Corte estima un trato inhumano y degradante (art. 3 CEDH) la ejecución de la pena privativa de libertad en la región de Krasnodar en un espacio superpoblado con más de 50 ocupantes en menos de un metro cuadrado de suelo por preso y ponderando también la inadecuada calidad de la comida. Tienen también interés en este sentido **Nevmerzhitsky contra Ucrania**, de 5 de abril de 2005 y **Karalevicius contra Lituania**, de 7 de abril.

### **b) Expulsión a país en el que puede sufrir malos tratos. Inexistencia en el caso de Irak**

En el caso **Müslin contra Turquía**, de 26 de abril de 2005, se analiza el recurso de un solicitante de asilo iraquí de origen kurdo al que se autoriza a residir en Turquía con un estatuto provisional, que se renueva cada seis meses y que implica el no ser devuelto a su país de origen. El problema técnico es que Turquía es en la actualidad el único país que mantiene la limitación geográfica y temporal del artículo 1.b) de la Convención de Ginebra, de forma que si se trata de solicitantes no europeos no los reconoce, pero si lo hace el ACNUR admite en la práctica su estancia hasta que se instalan en un tercer país. Por otra parte, las autoridades turcas informan que no ejecutan las órdenes de expulsión a Irak desde el 31 de agosto de 2003.

La sentencia tiene interés no tanto porque declara la inexistencia de vulneración real y actual, dado que el recurrente no podría ser expulsado sin una decisión formal en tal sentido, en sí misma recurrible, sino porque reafirma que la simple posibilidad de que alguien sufra malos tratos como consecuencia de una situación de inestabilidad no supone vulneración del artículo 3, y, sobre todo porque parece apostar por la evolución democrática en curso en Irak, de manera que afirma, en su fallo, que incluso en la eventualidad de la ejecución de esa decisión de expulsión a Irak no existiría violación del artículo 3 de la Convención.

Otro aspecto interesante es que la Corte rechaza de manera terminante el examen de la supuesta vulneración del artículo 8 derivada de la no prestación de ayuda financiera al recurrente, afirmando que ese precepto no impone a los Estados tal obligación.

### **c) Interpretación excesivamente formalista de los plazos para la casación (artículo 6 CEDH). Prioridad de las obligaciones del Convenio sobre las impuestas por otros tratados internacionales**

En el caso **Kaufmann contra Italia**, de 19 de mayo de 2005, se declara particularmente rigurosa, y como tal contraria al artículo 6.1, una decisión de la Corte de Casación italiana que inadmite un recurso por transcurso del plazo legal sin que se produjera la personación de uno de los corecurrentes que residía en el extranjero. Se había solicitado una

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

prórroga derivada de este hecho y de la necesidad de efectuar una traducción oficial para la notificación. El asunto es interesante sobre todo porque el gobierno Italiano alegaba que la notificación al recurrente en el extranjero se había realizado conforme al Convenio de la Haya, lo que no impide su condena.

#### D) Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH)

##### a) Derecho a la vida privada. Registro domiciliario desproporcionado

En **Buck contra Alemania**, de 28 de abril de 2005, se declara desproporcionado y contrario al convenio el registro judicial ordenado en la empresa y el domicilio del recurrente, derivado de su negativa a identificar quién de sus empleados o de su familia conducía un coche que había sido multado por exceso de velocidad.

##### b) Derechos parentales

Los casos de **Bove contra Italia**, de 30 de junio de 2005, y **Zawadka contra Polonia**, de 26 de junio de 2005, se plantean el derecho de visita de los padres a sus hijos que viene protegido por el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH. La Corte afirma que no debe sustituir a las autoridades internas en la concreta regulación y revisión de estas cuestiones para garantizar ese derecho, pues existe un margen de apreciación nacional, pero éste no es absoluto y la Corte debe asegurarse de que se han tomado todas las medidas razonablemente exigibles. El juicio de razonabilidad se erige pues en la medida de supervisión de dicho margen nacional. Y en ambas sentencias se estima violado el derecho.

En este mismo sentido tiene también interés, en especial porque resalta el incumplimiento de las obligaciones positivas del Estado en un supuesto en el que el menor había sido trasladado de manera ilegal de un país a otro por su madre, en contra de los derechos parentales del recurrente, el caso **Monory contra Rumania y Hungría**, de 5 de abril de 2005.

##### c) Derecho al nombre

En el caso **Znamenskaya contra Rusia**, de 2 de junio de 2005, se estima una disputa sobre el derecho al nombre y a los apellidos por parte de un individuo y respecto de su hijo prematuramente fallecido en cuanto se admite que resulta incluido y protegido por el ya amplio número de contenidos del artículo 8 CEDH.

#### E) Libertad de expresión (artículo 10 CEDH)

##### a) Críticas a Ministros

El caso **Turhan contra Turquía**, de 19 de mayo de 2005, enjuicia una sentencia condenatoria por difamación en Turquía. La Corte distingue entre “hechos”, demostrables, y “jui-

cios de valor”, no susceptibles de prueba o verificación. Tras la distinción, se afirma que un Ministro “es una figura pública respecto de la cual los límites del criticismo aceptable son más amplios que para una persona privada” (§ 44), y se concluye que los tribunales internos realizaron con la condena una interferencia en la libertad de expresión del actor desprovista de justificación.

### b) Proporcionalidad de las indemnizaciones

El caso **Independents News and Media y otros contra Irlanda**, de 16 de junio de 2005, analiza una queja formulada por dos compañías titulares de diversos medios de comunicación. A raíz de un artículo publicado en el *Sunday Independent*, un jurado impuso a los actores una importante indemnización por los daños producidos tras el ejercicio de una acción de libelo o difamación presentada por un político directamente mencionado en dicho artículo como autor de un delito. Las compañías denunciaban la indemnización como desproporcionada y en consecuencia lesiva de las libertades de expresión e información del artículo 10 CEDH. No se discutía en el pleito la existencia de una interferencia, ni la previsión legal ni el fin legítimo consistente en proteger el honor o reputación de los aludidos ni la misma necesidad de la medida. El litigio se reconducía al juicio de proporcionalidad de la indemnización. La sentencia constantemente alude como precedente al Caso Tolstoy Miloslavsky contra el Reino Unido de 1995 donde se estimaron desproporcionadas las indemnizaciones igualmente determinadas por un jurado. Tras largos razonamientos, el TEDH invoca la doctrina del margen de apreciación nacional y concluye que no ha quedado demostrado que no existieran en el ordenamiento interno garantías suficientes para revisar por desproporcionada la indemnización discutida y fijada por el jurado.

Un Voto Particular disiente del fallo y razona que lo importante no es que el ordenamiento irlandés previera garantías procesales apropiadas para revisar la indemnización sino que, con independencia del margen de apreciación nacional, la decisión final fuera apropiada; y en este caso la cuantía fue tan elevada que rompió la relación de proporcionalidad, violando el artículo 10 CEDH. Tesis probablemente arriesgada, pero que no deja de contar con precedentes en la jurisprudencia de la Corte, como es el caso Pakdermili contra Turquía, de 22 de febrero de 2005, analizado en el número anterior de esta misma revista, una condena a Turquía por la fijación de una indemnización excesiva en un supuesto de difamación.

### F) Disolución de partidos políticos y derecho de asociación (artículo 11 CEDH)

Un episodio más de la larga saga de casos sobre la disolución de partidos políticos en Turquía es **Emek Partisi y Senol contra Turquía**, de 31 de mayo de 2005. La Corte invoca la muy conocida doctrina del precedente, ya reseñado en esta revista, del Partido de la Prosperidad (*Refah Partisi*). Tiene interés subrayar —*servata distantia*— que el Gobierno demandado aducía que en un período de terrorismo que amenaza la integridad territorial

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

y ocasiona millares de víctimas, los dirigentes de un partido político deben abstenerse de hacer declaraciones de apoyo o apología de los terroristas. Pero, algo contradictoriamente, el partido había sido disuelto sobre la base de su programa, alegando el Tribunal Constitucional que el partido buscaba dividir la integridad territorial de la nación turca, segregando a los kurdos. El TEDH rechaza que hubiera la necesidad social imperiosa de adoptar esta medida en cuanto necesaria en una sociedad democrática y estima violado el artículo 11 CEDH.

Estimamos que esta sentencia, por el precedente que invoca, corrobora que el caso del Partido de la Prosperidad —donde se aceptó la disolución como excepción a la regla seguida en muchos otros casos y en éste— no era un cambio de jurisprudencia, según algunos anunciaron precipitadamente, sino la aplicación de la misma doctrina entonces y ahora, pero a un enemigo —el riesgo de la llegada del fundamentalismo islámico al Gobierno— que suponía una mayor amenaza para la democracia protegida por el Convenio Europeo.

Muy similar al anterior, igualmente alegando el precedente del Partido de la Prosperidad para condenar a Turquía, es el caso **Partido de la Democracia y el Cambio y otros contra Turquía**, de 26 de abril de 2005.

#### **G) Derecho de propiedad; interdicción de expropiaciones indirectas (artículo 1, Protocolo 1 CEDH)**

El caso **Pasculli contra Italia**, de 17 de mayo de 2005, enjuicia una “expropiación indirecta” y la entiende comprendida en el artículo 1, Protocolo 1. Se refiere a una “privación” de bienes, en el sentido de la regla segunda, que no supone una “expropiación formal”, o privación de la posesión, sino un supuesto —más allá de las apariencias formales y tratando la Corte de proteger derechos concretos y efectivos— en el cual las autoridades nacionales han ocupado un terreno y lo han transformado irreversiblemente sin pagar previamente una indemnización; de tal suerte que sólo puede ser considerado como patrimonio público, sin que haya habido un acto formal declarando la transferencia de la propiedad, pero habiendo perdido de hecho el propietario toda disponibilidad del bien. Este mecanismo de la expropiación indirecta no asegura —según el TEDH— de manera suficiente la seguridad jurídica.

#### **H) Obstaculización del derecho al recurso individual (artículo 34 CEDH)**

En el caso **Sisojeva y otros contra Letonia**, de 16 de junio de 2005, sobre expulsión de los antiguos miembros del Ejército Rojo en Letonia (doctrina a la que ya nos hemos referido en otros números de esta revista), la Corte no estima violado el artículo 34 CEDH por seis votos contra uno. La policía letona llamó a sus oficinas a una de las recurrentes y la sometió a un interrogatorio, así un agente le preguntó varias cosas, entre otras, acerca de la demanda que había interpuesto ante el TEDH. El Gobierno demandado aducía que no se trató de un interrogatorio formal y que las pesquisas eran necesarias. La Corte afirma que tiene “las dudas más grandes posibles” acerca de la necesidad de ese interrogatorio y que, en todo caso, las preguntas sobre la demanda ante Estrasburgo estaban obviamente fuera de los límites de la investigación policial. Pero más adelante concluye, en sentido

contrario, que el interrogatorio no tuvo un nivel suficiente de gravedad para calificarlo como presión, o intimidación encaminada a que la actora retirara su demanda.

Frente a este criterio de la mayoría, cobra importancia y realismo el Voto parcialmente disidente del Juez Kovler quien también considera violado el artículo 34 CEDH y estima que la cuestión “analizada desde un punto de vista global”, pues hubo también unas supuestas interceptaciones y escuchas de las conversaciones telefónicas de los recurrentes, debe considerarse como una “tentativa de presión e intimidación” inaceptable.

### 3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### A) Tutela judicial efectiva y garantías en los procesos (artículo 24.1 y 2 CE)

##### a) Acceso a la justicia y plazo de caducidad de las acciones

La sentencia más polémica del trimestre es sin duda la **STC 138/2005, de 26 de mayo**, en la que se declara inconstitucional la fijación que hace el Civil del *dies a quo* en el plazo de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. A través de una cuestión de inconstitucionalidad, el Pleno anula –con el voto en contra de tres Magistrados– el párrafo primero del artículo 136 del Código Civil, en cuanto comporta que el plazo de ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil. En el caso enjuiciado, el actor se sometió junto con su hijo, de dieciséis meses de edad, a pruebas de paternidad. Como las pruebas concluyeron que no era hijo biológico suyo, interpuso una acción para cancelar la inscripción como progenitor en el Registro.

El TC considera que este proceso obstaculiza el acceso a la jurisdicción y no guarda proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial. Posiblemente hubiera sido deseable –como sugieren los votos particulares– un mayor soporte argumentativo, explicando por qué el plazo constituye un límite desproporcionado al derecho a la tutela judicial efectiva. Aunque el TC ya ha examinado la proporcionalidad de los plazos de prescripción o caducidad en otras ocasiones –sobresale la **STC 147/1986, caso Ley de amnistía**– hubiera sido conveniente una exteriorización mayor de la ponderación entre el derecho del padre y la protección jurídica del menor, que es priorizado por los tratados internacionales. En el voto particular de Eugenio Gay se hace referencia a la Convención de derechos del niño, la Carta europea de los derechos del niño, la Carta de Niza y la jurisprudencia del TEDH en el caso Rasmussen contra Dinamarca (Sentencia de 28 de noviembre de 1984).

Esta polémica se suma a la suscitada por la **STC 63/2005, de 14 de marzo**, Sala Segunda, sobre la prescripción penal. El TC consideró que la interposición de una querrela no era

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

suficiente para interrumpir el plazo de prescripción, siendo necesaria alguna actuación judicial.

#### **b) Acceso a la justicia e interpretación excesivamente restrictiva de las causas de inadmisión**

En la **STC 73/2005, de 4 de abril**, Sala Primera, el TC anula otra del TSJ de Murcia que había inadmitido un recurso contencioso-administrativo contra un acto presunto, por no haber aportado el recurrente la correspondiente certificación (exigida por la Ley 30/1992 hasta su reforma por la Ley 4/1999). El TC considera que la decisión del TSJ es excesivamente formalista, pues debió concederse al recurrente la oportunidad de subsanar el defecto procesal en vez de actuar como si no existiera el acto recurrido.

La **STC 132/2005, de 23 de mayo**, Sala Primera, guarda relación con la convocatoria municipal de dos plazas laborales. La recurrente en amparo impugnó la concesión de una de ellas a un candidato que, a su juicio, no cumplía los requisitos para ser admitido como aspirante. Tanto el Juzgado de lo C-A como el TSJ inadmitieron el recurso al considerar que el acto impugnado (publicación de las puntuaciones finales de los aspirantes) reproduce otro anterior (la lista definitiva de admitidos y excluidos), firme y consentido al no haber sido impugnado por la recurrente en tiempo y forma.

El TC considera que esta interpretación de las causas de inadmisión es contraria al artículo 24 CE porque la lista de admitidos y excluidos es un mero acto de trámite, que en el momento de dictarse sólo produce un perjuicio para los candidatos inadmitidos. Como afirma el TC, la imposición a todos los candidatos de la obligación de impugnar preventivamente todos los actos de trámite de un proceso selectivo supondría arrojar una carga desproporcionada sobre las espaldas de los aspirantes y una rémora para la eficacia del procedimiento administrativo.

#### **c) Acceso a la justicia y legitimación activa de los sindicatos**

En la **STC 74/2005, de 4 de abril**, Sala Primera, se produce la enésima anulación de una resolución judicial que no reconoce la legitimación de los sindicatos para impugnar una oferta pública de empleo.

#### **d) Alegaciones del recurrente: motivación por remisión**

En la **STC 79/2005, de 4 de abril**, Sala Segunda, se concluye que el recurrente puede motivar el recurso de apelación remitiéndose a los fundamentos contenidos en sus anteriores escritos. El TC considera que la desestimación de la cuestión de fondo en un recurso de apelación porque el recurrente se remita a los hechos y fundamentos de Derecho contenidos en sus escritos de demanda y conclusiones es formalista y desproporcionada. La manera en que el recurrente motivaba el recurso no impedía al TSJ conocer las alegaciones del recurrente acudiendo al expediente que obraba en su poder. Ha de advertirse que los argumentos expuestos por el recurrente en la demanda no habían sido desvirtuados al haber quedado la cuestión de fondo imprejuzgada en primera instancia.

**e) Distinción entre la introducción de pretensiones no suscitadas ante la Administración y el planteamiento de nuevas alegaciones**

La necesidad de interpretar de manera antiformalista los requisitos procesales está también presente en la **STC 133/2005, de 23 de mayo**, Sala Primera. El Juzgado de lo C-A desestimó buena parte de los argumentos vertidos en el recurso por considerar que el ámbito del proceso debía estar circunscrito a las cuestiones que la demandante había planteado previamente en la vía administrativa. No dio más respuesta a las alegaciones de la actora sobre la falta de actas de liquidación, los defectos en la notificación o la existencia de un error aritmético en el cálculo de la deuda.

El TC, por el contrario, considera que el objeto del proceso no debe fijarse a partir de una interpretación rigorista de la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa. No existe discordancia entre lo solicitado en la vía administrativa y en el recurso contencioso-administrativo, porque el acto impugnado es el mismo en ambos casos e idéntica la pretensión anulatoria del recurrente. La actuación de la recurrente sólo consistió en el planteamiento de alegaciones no suscitadas en vía administrativa, lo que está amparado por el artículo 56.1 LJCA.

**f) Tutela judicial efectiva sin indefensión: incongruencia omisiva**

El recurrente en amparo en la **STC 103/2005, de 9 de mayo**, Sala Segunda, defendió la invalidez de un acto administrativo en el proceso ante la jurisdicción ordinaria por dos motivos diferentes: la existencia de un vicio de forma –falta de trámite de audiencia en el procedimiento– y la prescripción de la acción. El Juzgado estimó el recurso al apreciar que concurría el primero de los motivos alegados –el vicio de forma–, dejando imprejuizado el segundo de ellos. El TSJ revocó la primera sentencia en apelación porque consideró que no había un vicio de forma determinante de invalidez. La Sala no examinó el segundo motivo de invalidez que adujo el recurrente en primera instancia –si la acción estaba o no prescrita– por considerar que, al no haberse adherido el recurrente a la apelación, no podía entrar a analizar dicha cuestión.

Según el TC, tal decisión de la Sala vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva porque el recurrente no ha recibido una respuesta a la cuestión relativa a si la acción para ejercer la responsabilidad exigida había prescrito; sin que pueda justificar la falta de respuesta a la referida cuestión el no haberse adherido el ahora recurrente en amparo a la apelación. A tenor de lo dispuesto en el artículo 85.4 LJCA, la adhesión a la apelación sólo procede en los casos en los que la sentencia apelada resulta perjudicial al apelado, y en el presente caso la referida sentencia es estimatoria de su recurso, sin que pueda considerarse “un perjuicio” el haber dejado imprejuizada alguna de sus alegaciones por haber apreciado la invalidez del acto por otro de los motivos alegados.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### g) Acceso al recurso legal y justicia gratuita: plazo de interposición cuando hay cambio de abogado

El recurrente en amparo en la **STC 127/2005, de 23 de mayo**, Sala Primera, había obtenido en primera instancia el derecho de justicia gratuita. Al recurrir en casación, el letrado que lo había defendido preparó el escrito, pero no podía formalizarlo al no estar habilitado para actuar como defensor de oficio ante el TS. Se interrumpió el plazo de interposición mientras se designaba nuevo abogado y procurador. La Sala III del TS alzó la interrupción del plazo y otorgó al recurrente el plazo de 11 días que restaban cuando se produjo la interrupción, al tiempo que reclamaba las actuaciones del TSJ.

El TC concluye que ha existido una evidente indefensión al no haber tenido tiempo el abogado del recurrente para examinar el expediente, que no llegó al TS hasta después del vencimiento del plazo. Según el TC, la Sala debió otorgar un plazo no inferior a veinte días, contados desde el siguiente a aquel en que se dispusiera de las actuaciones, en la línea de lo exigido por el artículo 92.3 LJCA y el artículo 1708, regla 6, LEC de 1881.

El TC limita el alcance de esta doctrina a quien, precisando de abogado de oficio, se ve obligado por ministerio de la ley a un cambio de letrado para la presentación del recurso de casación. En el caso de cambio de letrado designado libremente por el recurrente, mantiene la vigencia como precedente de la **STC 277/2000**, donde se señala que el recurrente debe, al tomar la determinación de cambiar de abogado, actuar con la diligencia necesaria para que el letrado responsable del recurso de casación obtenga la información necesaria.

#### h) Ejecución de sentencia, intangibilidad de las resoluciones firmes

La Sala de lo C-A de la Audiencia Nacional condenó a la Administración del Estado a pagar una indemnización a una persona a la que había privado injustamente del derecho a obtener una plaza en el Consulado General de España en París. La cuantía consistía en las retribuciones que hubiera percibido el recurrente de haber sido nombrado entre el 1 de diciembre de 1993 y el 23 de diciembre de 1996. Posteriormente, mediante Auto, la misma Sala acordó tener por cumplida la sentencia descontando la cantidad que el recurrente percibió durante dicho período del Ministerio de Educación y Cultura en concepto de retribución por el desempeño de otro puesto de trabajo. La **STC 86/2005, de 18 de abril**, Sala Segunda, consideró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, porque el descuento de esas cantidades no se deduce “de modo razonablemente coherente” del contenido de la resolución que ha de ejecutarse.

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales sin sufrir alteraciones reaparece en la **STC 115/2005, de 9 de mayo**, Sala Segunda. En este caso, la Sección de apoyo núm. 2 de la Sala de lo C-A del TSJ de Madrid resolvió un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una liquidación del IVA. La Sentencia estimó parcialmente el recurso, dando la razón al actual recurrente en amparo “en lo que respecta al incremento de la base imponible”. En la sentencia se deslizaban las expresiones “incremento patrimonial” e “incremento patrimonial atribuido en el rendimiento del capital inmobiliario”, inco-

rectas porque no guardan relación con el IVA, sino con el IRPF. No tuvo fruto ninguno de los intentos del recurrente por subsanar el error y la sentencia devino firme.

En la fase de ejecución de Sentencia, la Sección Quinta de la misma Sala del TSJ de Madrid dictó una providencia para aclarar los términos en que debía ejecutarse la sentencia. Interpreta que, como la liquidación tributaria había sido anulada por un concepto ajeno al IVA, debe mantenerse su validez. El TC anula la providencia por modificar sustancialmente el fallo de una resolución judicial firme, dejando a los tribunales ordinarios la difícil tarea de decidir cómo debe ejecutarse una sentencia que contiene expresiones claramente erróneas.

### **B) No existe derecho constitucional de los extranjeros a entrar en España (artículo 19 CE)**

STC 72/2005, de 4 de abril, Sala Primera. Curioso caso que permite al TC reafirmar la especie, ya sentada en la STC 53/2002, de que el derecho a entrar en España sólo se reconoce constitucionalmente a los españoles. El recurrente en amparo, un ciudadano marroquí, considera lesionado su derecho a entrar en España cuando no se le permitió entrar en territorio nacional español a pesar de poseer, además de su pasaporte, un permiso de residencia, permiso este que había obtenido, sin embargo, sin haber estado nunca en España, aunque para obtenerlo hubiera de haber cumplido el requisito de haber permanecido en nuestro país durante el tiempo mínimo establecido en la entonces vigente legislación (Ley Orgánica 4/2000).

La interpretación sistemática de los artículos 13.2 y 19 CE conduce a rechazar que el derecho a entrar en España venga constitucionalmente garantizado a los extranjeros, sólo está asegurado a los españoles, lo que confirma, ex artículo 10.2 CE, la consideración de los tratados internacionales sobre derechos ratificados por España. Ello no quiere decir que la ley no pueda otorgar este derecho a los extranjeros que cumplan ciertos requisitos, pero se trataría así de un derecho legal. Por todo lo anterior las dudas acerca de la obtención fraudulenta del permiso de residencia y la denegación del pase a territorio nacional adoptada por el jefe del puesto fronterizo no tienen cauce de reparación en el amparo constitucional ya que no está en juego un derecho fundamental del recurrente a entrar en territorio nacional. Se desestima el amparo.

### **C) Sanción por mal estacionamiento a un participante en manifestación (artículo 21 CE)**

STC 124/2005, de 23 de mayo, Sala Primera. Se desestima el amparo de quien adujo lesión del derecho de manifestación en la imposición de una sanción por estacionamiento de vehículo en lugar prohibido. El TC considera que no se acreditó ni en el expediente administrativo ni en el proceso judicial que el coche mal aparcado fuera, como aduce el recurrente, instrumento para el ejercicio del derecho de manifestación (megafonía, transporte octavillas, etc.) En consecuencia, la sanción recibida no puede considerarse represalia por el ejercicio del derecho.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### D) Alcance del examen por las Mesas parlamentarias de las solicitudes de comparecencia (artículo 23.2 CE)

STC 89/2005 y STC 90/2005, ambas de 18 de abril y ambas de la Sala Primera. Se trata de dos recursos de amparo idénticos interpuestos por el portavoz del grupo parlamentario socialista contra acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados que no admitieron las solicitudes, formuladas por el citado grupo, de comparecencias, en la comisión mixta para el estudio del problema de las drogas, del fiscal especial para la prevención y tráfico ilegal de drogas (STC 89/2005) y del fiscal especial anticorrupción (STC 90/2005).

En ambos casos el TC otorgará el amparo aunque por tratarse de lesiones producidas en la anterior legislatura, sólo a efectos declarativos. Reitera el TC su doctrina acerca del contenido del derecho proclamado en el artículo 23.2 CE; el *ius in officium* de los diputados configurado por el reglamento parlamentario tiene cobertura constitucional cuando conecta con el núcleo de la función representativa (función legislativa y función de control). Las facultades de iniciativa se incluirían en este núcleo y frente a ellas las facultades de calificación de la Mesa del Congreso se deberían limitar a verificar la regularidad jurídica y la viabilidad procesal de esas iniciativas, de tal suerte que toda inadmisión habría de motivarse expresa, suficiente y adecuadamente. En los casos resueltos hay expresa motivación pero ésta ni es suficiente ni adecuada, puesto que la Mesa aplica el artículo 44.3 del Reglamento del Congreso aprovechándolo para emitir una decisión política (encubierta bajo un juicio técnico) valorando el ámbito legal de actuación de los fiscales llamados a comparecer y negando que tengan competencia en la materia objeto del debate; esta valoración corresponde al Pleno o a las Comisiones. De este modo se lesionó el derecho de los parlamentarios a ejercer sus cargos y en los términos que dimana del artículo 23.2 CE.

#### 4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

##### A) Igualdad (artículo 14 CE)

**a) Igualdad de hijos extramatrimoniales Las sucesiones abiertas y agotadas antes de la entrada en vigor de la Constitución se rigen por la legislación vigente en el momento de la muerte del causante: no aplicación retroactiva de la Constitución**

STS de 17 de marzo de 2005, Sala Primera, ponente Excmo. Sr. Sierra Gil de la Cuesta. En el presente asunto se discute si el demandante, hijo extramatrimonial, tiene derechos sucesorios sobre su padre, muerto en 1976. Reitera el TS la jurisprudencia constante del propio TS y del TC en virtud de la cual no cabe la aplicación retroactiva absoluta del precepto constitucional que recoge el derecho fundamental a la no discriminación por razón de la filiación y los derechos sucesorios. Puesto que el causante falleció en 1976 y la sucesión fue abierta y agotada antes de la entrada en vigor de la Constitución, ya que hubo el correspondiente auto de declaración de herederos y se desarrollaron las operaciones particionales procedentes, no procede reconocer al demandante los derechos hereditarios

que éste exige, aunque sí cabe declarar su filiación paterna y modificar la inscripción de su nacimiento en el Registro para que así conste.

### **b) Derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley**

STS de 12 de junio de 2005, Sala Tercera, ponente Excm. Sra. Robles Fernández. Impugnación de una Sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contra la resolución del Ministerio de Justicia que denegó la concesión de la nacionalidad española por entender que no había quedado suficientemente justificado el grado de integración en la sociedad española al no leer ni escribir el idioma español. La Sala aprecia que el Tribunal *a quo*, sin una motivación mínimamente razonable se apartó del criterio seguido por él mismo, cuando en otra Sentencia anterior concedió la nacionalidad española a una solicitante, cuyo cónyuge era español, en quien concurrían idénticas circunstancias a las del hoy recurrente, entendiéndose que estaba suficientemente integrada en la sociedad española, aduciendo que la interesada “habla y entiende español, utilizándolo además habitualmente, aunque no sepa escribirlo, por lo que procedé estimar el recurso al haber justificado suficiente grado de integración en la sociedad española. Es decir, la misma sección consideró que el hecho de no escribir el idioma español cuando se habla y entiende no es obstáculo para considerar que existe una integración en la sociedad española, necesaria para la concesión de la nacionalidad, y en la sentencia impugnada, la misma sección, sin motivación alguna considera que la circunstancia de no leer y escribir el idioma español determina que no resulte justificada la mencionada integración, dando lugar a la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley.

### **B) La utilización de expresiones vejatorias o insultantes contra un periódico rival y su director no quedan protegidas por la libertad de información (artículo 18 CE)**

STS de 11 de febrero de 2005, Sala Primera, ponente Excmo. Sr. Román García Varela. El presente asunto plantea la posible vulneración del derecho al honor del demandante, el director de un periódico alicantino, y del prestigio del propio periódico, por las críticas y acusaciones vertidas en un periódico rival. Para la resolución del asunto, el TS emplea la jurisprudencia reiterada del TC en virtud de la cual la libertad de expresión e información prevalece sobre el derecho al honor en los supuestos en que la información proporcionada sea veraz, se centre en cuestiones de interés general y no implique la utilización de expresiones vejatorias o insultantes. Estima el TS que, si bien la información es veraz y se centra en asuntos de interés general, las expresiones utilizadas por el periódico demandado fueron vejatorias e insultantes y supusieron, por tanto, la vulneración del derecho al honor del demandante y del prestigio del periódico que éste dirige. Reconoce así el TS la relevancia jurídica de la vulneración del prestigio de los medios de comunicación, indicando que, aunque el prestigio de las personas jurídicas tenga un nivel más débil de protección que el honor de las personas físicas, esto no supone que juicios gratuitos que impliquen el descrédito de un medio de comunicación no tengan relevancia alguna ante el Derecho.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### C) Derecho a acceder a cargos públicos (artículo 23.2 CE)

STS de 1 de junio de 2005, Sala Tercera, ponente Excmo. Sr. González Rivas. Se examina la impugnación de la Sentencia del TSJ de Andalucía por la Junta de Andalucía. El Tribunal Superior anula la Orden de convocatoria de la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía que convoca un proceso selectivo para la consolidación del empleo temporal mediante concurso de méritos para ingreso en el Cuerpo Superior de administradores Generales. La Sala de instancia aprecia la nulidad por cuanto existe un favorecimiento de los interinos de la Junta de Andalucía frente a los ciudadanos que no tiene una relación previa con la Administración, en lo relativo a cursos de formación que se valoran en el baremo y esa relación directa entre los cursos y las plazas a que se opta es muy difícil, sino imposible que se hayan podido realizar sin estar vinculado con la administración. El Tribunal *a quo* razona que “en este caso es prácticamente imposible el acceso a la función pública, si previamente no se ha desempeñado servicios como funcionario interino, siendo el baremo igualmente discriminatorio y contrario al artículo 23.2 de la Constitución en relación con el artículo 103.2 al no respetarse para el acceso a la función pública los principios de igualdad, mérito y capacidad, al imposibilitar el acceso a la función pública de quienes concurran desde fuera de la Administración, de modo que la valoración de la experiencia y de los cursos de formación se encuentra fuera de los límites constitucionalmente tolerables”. La sentencia de la Sala de Sevilla declara que tampoco es aplicable la doctrina constitucional que justifica con carácter excepcional, y por una sola vez, el favorecimiento del acceso de los interinos a la función pública en base a la construcción del Estado de las Autonomías, pues no es la primera vez que la Administración recurre a un proceso excepcional que favorezca el acceso a los interinos, pues el personal de la época preautonómica ya se benefició de un proceso especialmente privilegiado. Antes de los Decretos de transferencias del período 1986-1989 la Administración ya había hecho uso de este procedimiento excepcional y ante las nuevas competencias transferidas la Administración autonómica hizo uso por tres veces de estas medidas excepcionales incorporando a la función pública a determinado número de funcionarios interinos. Las conclusiones finales que sienta en su fundamento de derecho décimo subrayan que, si bien desde un punto de vista nominalista nos hallamos ante un concurso de libre acceso a la función pública, materialmente nos encontramos ante unas pruebas restringidas, porque hacen prácticamente imposible el acceso a personas ajenas a la Junta de Andalucía y favorecen sin causa objetiva a sus interinos respecto de los funcionarios de las demás Administraciones. La Junta de Andalucía acude a este procedimiento privilegiado para solucionar el problema concreto de la bolsa tan amplia de personal que había accedido de forma provisional, interina, a la función pública, pero lo hace sin que los principios de mérito y capacidad hayan podido ser contrastados de manera objetiva.

El TS rechaza la quiebra del derecho a la igualdad invocada por la Junta de Andalucía a partir de la interpretación de la STC 156/1988 y la doctrina constitucional sobre el alcance y contenido de los artículos 14 y 23.2 de la CE que sintetiza y rechaza la impugnación dada la valoración de los cursos de formación, demás méritos y titulaciones académicas realizada en la Orden contemplada rechazando el recurso en su integridad.

**D) Legitimación para instar la ejecución de una sentencia. Concepto de “personas afectadas” (artículo 24.1 CE)**

STS de 7 de junio de 2005, Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, ponente Excmo. Sr. Menéndez Pérez. Legitimación de personas afectadas, que no han sido parte en el proceso, para instar la ejecución de una Sentencia que declara la nulidad de una licencia de obras y acuerda la demolición de las obras realizadas a su amparo. En esta Sentencia el Pleno de la Sala aborda la legitimación de dos personas, propietarias de dos inmuebles colindantes que no se personaron en el proceso declarativo, para solicitar la ejecución de la Sentencia que declara nula la licencia de obras concedida por el Ayuntamiento de Madrid para la construcción de un Centro parroquial, por cuanto “la misma autoriza una construcción que no observa la distancia mínima de separación entre edificaciones”. Y declara la obligación de los demandados (el Ayuntamiento y el Arzobispado de Madrid - Alcalá) de demoler aquella parte de lo edificado que sobrepasa el límite de separación. La Sala comienza su análisis jurídico indicando que se trata de la ejecución de una Sentencia que acoge una pretensión de anulación del artículo 72.2 LJ y no de reconocimiento de una situación jurídica individualizada del artículo 72.3 LJ, toda vez que se trata de la anulación de una licencia que se adopta con transgresión de las normas urbanísticas, por consiguiente, afirma la Sala, la obligación de demoler produce efectos “para todas las personas afectadas” y no sólo para las personas que fueron parte en el litigio, como se desprende de la comparación de los incisos 2 y 3 del mencionado artículo 72 LJ, por tal razón si los pronunciamientos que se contienen en la Sentencia producen efectos “en todas las personas afectadas” y no sólo para las que fueron parte en el litigio. Estas personas afectadas, aunque no hubieran sido partes litigantes deben ostentar legitimación para instar la ejecución forzosa de dicha Sentencia, esto es, para instar la ejecución forzosa del pronunciamiento que obliga a la demolición, y ello en base a los artículos 104.2 y 109.1 LJ y a la jurisprudencia del TC, con cita de la STC 4/1985, de 18 de enero, y demás disposiciones aplicables. Por otra parte, “personas afectadas” son aquellas que pueden ver menoscabados o perjudicados sus derechos o intereses legítimos por la ejecución o inexecución de la Sentencia, lo que ocurre en el supuesto de autos en el que los solicitantes son los propietarios de pisos de un inmueble colindante, pues el uso y disfrute y el valor de mercado de sus pisos, e incluso del inmueble en su conjunto, resultan menoscabados o perjudicados por el hecho mismo de la ubicación del centro parroquial a una distancia menor de aquella que la norma urbanística obliga a respetar, manteniéndose el menoscabo en tanto no se ejecute el pronunciamiento de la Sentencia que obliga a demoler la parte del centro parroquial que sobrepasa el límite de separación. Concluye la Sentencia reconociendo legitimación activa en el proceso de ejecución no sólo a las partes procesales sino a todas las personas afectadas sin limitación alguna.

La Sentencia cuenta con un Voto Particular suscrito por 12 Magistrados en el que se sostiene que la legitimación para interesar la ejecución de la Sentencia hay que entenderla matizada para circunscribirla a las personas que pueden verse afectadas por los efectos materiales de la cosa juzgada, y que “los afectados” no pueden ser otros que aquellos a quienes beneficie o perjudique directamente la sentencia a ejecutar, pero siempre que no hayan intervenido en el proceso por causas ajenas a su voluntad. Se razona en el Voto

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

que permitir, como ha decidido la Sentencia, la personación como ejecutante a quienes estaban legitimados desde un principio para el ejercicio de las pretensiones que ahora intentan sean actuadas por vía de la ejecución y no lo hicieron oportunamente por simple pasividad o abandono de sus intereses, supone una inaplicación de presupuestos procesales esenciales, exigidos por el legislador, tales como los plazos para recurrir, la falta de agotamiento de la vía administrativa, desconociéndose, además, la doctrina del acto consentido y firma que es básico en el ordenamiento jurídico-administrativo y en las relaciones Administración-administrado que descansa en el principio de la seguridad jurídica. Además, admitir la personación en este caso implicaría reconocer la legitimación para solicitar la ejecución no sólo a la parte que instó el proceso declarativo, sino a cualquier ciudadano en tanto en cuanto tenga interés por que la actuación de la Administración se adecue al ordenamiento, lo que supondría crear una acción pública en fase de ejecución cuando ésta en materia urbanística admitir tal personación implica desbordar la ejecución estricta de una Sentencia judicial, y los límites subjetivos del proceso correspondiente, convirtiendo a éste en poco más que un proceso universal, con admisión indeterminada de personaciones indebidas y grave quebranto de la seguridad jurídica, incluso frente a la renuncia clara a la ejecución del fallo de los únicos intervinientes en el proceso.

#### E) Extranjeros (artículo 13 CE)

##### a) Expulsión de extranjera por carecer de medios de vida y presunción de inocencia

STS de 8 de febrero de 2005, ponente Excmo. Sr. González Rivas. Se analiza la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno de Burgos que acuerda la expulsión de la demandante ex artículo 26.1.f) LO 7/1985 y prohíbe su entrada en territorio nacional durante tres años. La razón de dicha resolución es que la demandante carecía de medios lícitos de vida y había sido detenida con anterioridad en un Club de la provincia, no justificando que disponía de medios económicos provenientes de su país o ingresos por otros conceptos. El Tribunal Superior de Justicia confirma tal decisión de expulsión por cuando existía un indicio de prueba de que la actora no disponía de medios para vivir, y que permitían sostener que se dedicaba a la actividad de alterne, afirmando la Sala que corresponde a la demandante acreditar tales medios económicos. El TS revoca la Sentencia de instancia, al no compartir la afirmación de que incumbe a la recurrente acreditar tales extremos y razona “la Resolución administrativa está aplicando la sanción administrativa de expulsión del territorio español, por lo que es a la Administración sancionadora a quien incumbe probar los hechos constitutivos de la infracción que pretende castigar” y no lo ha hecho y la Sentencia de instancia da por buena la afirmación de la policía de que la actora carece de ingresos como consecuencia de la actividad de “alterne” que practica y resta valor al dinero en efectivo que aquélla pudiera haber exhibido, porque dice que podría habersele prestado a ese solo efecto. Sin embargo, nada hay en el expediente que acredite que haya sido así y no puede considerarse que haya prueba de lo que la Administración sostiene. Por otra parte, puestos a afirmar que el “alterne” no proporcionaba ingresos regulares a la recurrente, se tenía que haber probado que su empleador retenía la totalidad de los ingresos generados por la actividad que ésta realizaba, sin pagarle ninguna cantidad, y por el contrario, la sanción se ha sustentado solamente en manifestaciones

policiales carentes del apoyo de datos o circunstancias concretas, y en que la recurrente no ha demostrado que percibe ingresos regulares como producto de su actividad.

### **b) Expulsión de extranjero por hechos que son objeto de enjuiciamiento**

STS de 13 de mayo de 2005, ponente Sr. Cacer Lalanne. Impugnación de una Resolución del Delegado del Gobierno en la Comunidad de Madrid que decretó la expulsión de la recurrente, de nacionalidad colombiana, del territorio nacional con la prohibición de entrada en España por el período de tres meses. Tal expulsión se fundamenta en la aplicación de lo dispuesto en la letra c) del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España que prevé como supuesto que permite la expulsión el estar implicado en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado, contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países. En el caso analizado, la demandante se encontraba encartada por la presunta comisión de un delito de blanqueo de dinero y estafa. El TSJ de Madrid estima el recurso anulando la resolución de expulsión y formula casación el Abogado del Estado. El TS rechaza el recurso del representante de la administración por cuanto no existe vulneración del principio *non bis in idem* por la no paralización del expediente administrativo sancionador en tanto no se termine el penal. El TS afirma “el ámbito de aplicación del artículo 21.2, párrafo primero, de la LO 7/1985 no puede extenderse al supuesto de la calificación de unos hechos que están siendo enjuiciados por la Jurisdicción penal. La Administración puede solicitar del Juez, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la autorización de expulsión de un extranjero encartado en un procedimiento por delitos menos graves, siempre que se aplique una causa de expulsión distinta de la realización de esos hechos por los que se sigue causa penal, puesto que en caso contrario, como sucede en el supuesto de que se trata en este proceso, la Administración no puede pronunciarse sobre ellos sin que antes lo haya hecho la Jurisdicción penal”.

### **c) Revocación de derecho de asilo**

STS de 27 de mayo de 2005, Sala Tercera, ponente Excm. Sra. Robles Fernández. Impugnación de la resolución del Ministerio del Consejo de Ministros que revocó la concesión de asilo que había sido otorgado por el Ministerio del Interior al demandante. La Sala considera ajustado a derecho el acuerdo recurrido toda vez que resulta documentalmente acreditado que después de habersele concedido el asilo, el demandante ha sido condenado por delitos contra la salud pública, cuestión de relevante trascendencia, que no se minusvalora por la posterior concesión de la libertad condicional o una posible cancelación de antecedentes penales, razón por la que es evidente que concurre la causa de privación de la condición de asilado prevista en la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, en cuyo artículo 1, apartado F), dispone que sus disposiciones no serán aplicables a los que hubieran cometido un grave delito común.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### d) Denegación de nacionalidad española

STS de 10 de mayo de 2005, Sala Tercera, ponente Excm. Sra. Robles Fernández. Denegación de nacionalidad española a solicitante, futbolista argentino, contratado por un club español. Se impugna la Sentencia de la Audiencia Nacional que a pesar de declarar la inadmisibilidad del recurso entra al fondo de la resolución impugnada, por cuanto el demandante no lleva dos años de residencia legal y además por cuanto la residencia no es considerada. La Sala razona que aun cuando se admitiera que el actor tuvo que salir justificadamente de España por causa de sus compromisos profesionales, lo cierto es que cuando solicitó la nacionalidad no había transcurrido el plazo de dos años de residencia legal previsto en el artículo 22 del Código Civil.

#### e) Indebida inadmisión de solicitud de asilo de ciudadano cubano

STS de 23 de junio de 2005, Sala Tercera, ponente Excmo. Sr. Yagüe Gil. Se recurre la decisión del Ministerio del Interior de inadmitir a trámite la solicitud de asilo formulada por el demandante. La Sala Tercera aprecia que el demandante había fundado su petición en un relato de persecución por motivos políticos congruente, relatando registros en domicilio, detenciones ilegales, etc., de manera que la aplicación de la causa de inadmisión prevista en el artículo 5.6.b) de la Ley de Asilo carece de fundamento, anula tal decisión y declara el derecho del actor a que se tramite su solicitud de asilo.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

RAÚL CANOSA

RAFAEL BUSTOS

ISABEL PERELLÓ

ALFREDO ALLUÉ

IGNACIO GARCÍA VITORIA

MARÍA DÍAZ CREGO

MIGUEL PÉREZ-MONEO



**IV. FUENTES DEL DERECHO****Sumario:**

**1. Consideración preliminar.** **2. Bases.** A) El Plan Director de la Red de Parques Nacionales tiene carácter básico. B) La competencia estatal básica en materia de medio ambiente permite establecer los criterios básicos que garanticen la unidad de la red de parques nacionales. C) Criterios característicos de las normas básicas en materia de medio ambiente. D) El canon de afectación transversal como límite al ejercicio de la competencia básica del Estado en materia de medio ambiente. E) La competencia básica estatal en materia de medio ambiente permite una tipificación detallada de las conductas infractoras en garantía de su protección siempre que respete un margen para que las Comunidades Autónomas puedan ejercer su competencia normativa. **3. Ley.** A) Reserva de Ley en materia penal. a) No se vulnera porque el órgano judicial cite equivocadamente la Ley aplicable, ya que ésta reproduce el Derecho en vigor en el momento en que se produjeron los hechos enjuiciados. b) Vulnera el principio de legalidad penal la aplicación analógica de un tipo penal al asimilar el fraude de ley tributaria con una conducta punible a título de delito fiscal. B) Reserva de Ley en materia sancionadora: la relación entre el titular de una expendedoría de tabaco y el Estado no permite flexibilizar la aplicación del principio de legalidad en materia sancionadora. C) Reserva de Ley en materia tributaria: las tarifas portuarias son prestaciones patrimoniales de carácter público. **4. Reglamento.** A) Relaciones ley-reglamento. a) El principio de legalidad permite un verdadero desarrollo y concreción de las disposiciones legales por vía reglamentaria. b) Nulidad de Orden autonómica por carecer de base legal. B) Ordenanzas locales sancionadoras. **5. Principios constitucionales.** A) Principio de igualdad en la Ley. a) La inclusión en distintos regímenes de Seguridad Social no produce su vulneración. b) La atribución a las Administraciones Públicas de la competencia para promover planes y fondos de pensiones y realizar contribuciones a los mismos no infringe el principio de

igualdad en la Ley. B) Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y principio de seguridad jurídica.

a) No se ven vulnerados por el cumplimiento de la condición resolutoria de un acto administrativo. b) No cabe subsumir en este principio posibles vulneraciones del principio de confianza legítima ajenas al ámbito sancionador o restrictivo de derechos individuales al que se refiere el art. 9.3 CE.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, hasta la referencia Ar. 3476 de 2005, y por lo que concierne a la de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia Ar. 213 de 2005. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 139/2005.

Tiene especial interés en esta entrega, la jurisprudencia relativa a las competencias básicas en materia de medio ambiente que el Tribunal Constitucional expone en la STC 101/2005. En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional precisa la doctrina formulada en la STC 306/2000 en relación con el carácter transversal que las directrices estatales pueden tener, no ya sobre las normas de desarrollo y ejecución en la propia materia de medio ambiente, sino sobre las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas con las que se entrecruzan y están directamente implicadas (por ejemplo, turismo).

## 2. BASES

### A) El Plan Director de la Red de Parques Nacionales tiene carácter básico

En la STC 101/2005, de 19 de abril, se reitera la jurisprudencia establecida en las SSTC 102/1995, de 26 de junio y 194/2004, de 4 de noviembre, que confirman el carácter básico del Plan Director de Parques Nacionales al que califica “como el más elevado instrumento planificador de todos los parques nacionales existentes en el territorio nacional”, que tiene una “finalidad conservacionista de primera magnitud”, sin perjuicio de “las impugnaciones que pudieran merecer, en su caso, los aspectos concretos de su contenido”.

La regulación contenida en el apartado 4 del Plan Director de la Red de Parques Nacionales relativa a las *Directrices para la planificación de los parques nacionales* constituye uno de los elementos centrales de la competencia estatal establecida en el art. 149.1.23 CE, en cuanto determina de forma precisa una zonificación predicable de todos los parques nacionales,

#### IV. Fuentes del Derecho

describiendo el específico nivel de protección de cada zona; evidentemente se trata de una zonificación abstracta que no impone una determinada proyección territorial, en cuanto a dimensión o localización de cada zona en todos los parques, aunque sí su necesaria existencia.

El carácter básico de esta regulación se justifica en que cumple dos criterios esenciales: establecer la homogeneidad de tratamiento que garantice el máximo nivel de preservación en todos los parques nacionales y permitir que las Comunidades Autónomas desarrollen normativamente para cada zona las prescripciones básicas proyectando la dimensión y la localización de cada zona en el territorio concreto de cada uno de sus Parques Nacionales, y posteriormente, para concretar asimismo en cada zona las determinaciones básicas.

En relación con los Planes rectores de uso y gestión, de competencia autonómica, el Tribunal precisa que la competencia básica se proyecta mediante el sometimiento estricto a las prescripciones sustantivas de carácter básico previstas en las directrices que integran el Plan Director, que deberán ser respetadas por todos los Planes rectores de uso y gestión y llevadas a la práctica. Por lo tanto, lo básico en este instrumento son las “directrices” de orden sustantivo y no las prescripciones formularias de la estructura que deban tener los planes autonómicos, pues éstos pueden diferir en su presentación formal entre una Comunidad Autónoma y otra, siempre que no desoigan las determinaciones sustantivas de carácter básico. Aunque no se trate del mismo supuesto, resulta aplicable la jurisprudencia constitucional sobre el carácter no básico de los “modelos” en las actuaciones administrativas [SSTC 79/1992, de 28 de mayo, FJ 4º.h); 194/1994, de 23 de junio, FJ 5º, y 70/1997, de 10 de abril, FJ 4º, entre otras].

En consecuencia, resulta inherente a la competencia autonómica de aprobación de los Planes rectores de uso y gestión la instrumentación del proceso de elaboración de los mismos.

#### **B) La competencia estatal básica en materia de medio ambiente permite establecer los criterios básicos que garanticen la unidad de la red de parques nacionales**

El Tribunal Constitucional declara la conformidad a la Constitución del epígrafe 8.c) del apartado 3 del Plan Director de la Red de Parques Nacionales que impone la imagen corporativa de los Parques Nacionales, incluidos medios materiales y vestuario del personal, en relación con toda la Red. Se trata, a juicio del Tribunal, de un precepto que “busca la manifestación formal” de la unidad de la Red de Parques Nacionales establecida en virtud de la competencia básica estatal en materia de medio ambiente, que pretende que la Red de Parques Nacionales se proyecte hacia el exterior a través de una imagen que lo identifique.

La imposición de plazos para realizar las actuaciones que exige la conservación de los valores naturales contenidos en la Red de Parques Nacionales (epígrafe 2 del apartado 5) no invade las competencias autonómicas ya que encaja en el concepto de lo básico, pues permite asegurar el cumplimiento de las medidas sustantivas necesarias para garantizar la homogeneidad de la red de parques nacionales.

La fijación de la vigencia del Plan Director tampoco supone infracción de la normativa básica en su dimensión material [STC 98/2001, FJ 8.c)], sino que supone un criterio necesario de coordinación con la Administración autonómica competente para aprobar otros planes que han de adaptarse, también temporalmente, a lo regulado en el Plan Director (STC 101/2005, de 19 de abril).

### **C) Criterios característicos de las normas básicas en materia de medio ambiente**

En materia de medio ambiente, el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica, aun siendo menor que en otros ámbitos, no puede llegar a tal grado de detalle que no permita el desarrollo legislativo por parte de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de medio ambiente, vaciándolas así de contenido.

En segundo lugar, lo básico como propio de la competencia estatal en materia de medio ambiente, cumple más bien una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de protección más altos.

El tercer criterio a tener en cuenta es el alcance de la afectación transversal que las directrices básicas medioambientales pueden tener, no ya sobre las normas de desarrollo legislativo y la ejecución en la propia materia de medio ambiente, sino sobre las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas con las que se entrecruzan y están directamente implicadas (ordenación del territorio, caza, pesca fluvial y lacustre, pesca en aguas interiores, marisqueo, turismo, ocio y tiempo libre, desarrollo comunitario e investigación, entre otras).

La afectación transversal del título competencial del Estado que se ciñe al ámbito de lo básico (art. 149.1.23 CE), será conforme con el orden constitucional de competencias, en su condicionamiento de las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas, cuando dicha afectación se traduzca en la imposición de límites a las actividades sectoriales en razón a la apreciable repercusión negativa que el ejercicio ordinario de la actividad sectorial de que se trate pueda tener para la preservación de los parques nacionales. Cuando así ocurra los límites impuestos podrán calificarse de normas básicas ex art. 149.1.23 CE.

Por el contrario, la afectación transversal de las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas resultará vulneradora del orden competencial cuando la normativa estatal comporte, más que el establecimiento de limitaciones específicas o puntuales de las actividades sectoriales, una regulación de mayor alcance, incluso aunque dicha regulación presente una finalidad de protección ambiental, ya que los parques nacionales no constituyen territorios exentos de la aplicación de las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas. En estos casos no estaremos ante normas básicas del medio

#### IV. Fuentes del Derecho

ambiente, sino ante verdaderas normas encuadrables en la materia sectorial que en cada caso corresponda.

Una vez fijado el canon de enjuiciamiento de esta controversia competencial, no puede ignorarse y debe ser reiterado una vez más, que para que la afectación transversal de las competencias sectoriales favorezca el ejercicio de todas ellas son convenientes mecanismos de cooperación y coordinación de las Administraciones competentes (STC 101/2005, de 19 de abril).

#### **D) El canon de afectación transversal como límite al ejercicio de la competencia básica del Estado en materia de medio ambiente**

El epígrafe 3, letras a), b) y l) del apartado 3, del Plan Director de la Red de Parques Nacionales en materia de uso público y atención al visitante, se refiere a la orientación de las actividades de los visitantes (a), al fomento del disfrute de la naturaleza para los menos capacitados (b) y a la autorización de actividades extraordinarias como pruebas deportivas, espectáculos públicos y otras actividades de entretenimiento(l). El Tribunal rechaza el carácter básico de esta regulación en materia de medio ambiente, ya que aunque guarda conexión con la mejor protección del parque nacional y se prevén medidas encauzadas a su preservación, dicha regulación no se ciñe, según exige el canon de afectación transversal expuesto, a establecer limitaciones específicas de las actividades que puedan realizarse en el parque, ni tampoco a prever mecanismos de coordinación, que siempre puede ordenar el Estado, o de cooperación, que el propio Estado puede proponer, mecanismos que permitirían legítimamente la implicación funcional de las diversas competencias implicadas. Por el contrario, dichas medidas constituyen regulaciones positivas de las actividades correspondientes a las materias de la promoción del turismo y de la cultura, el desarrollo comunitario y el ocio, cuando sobre las mismas la Comunidad Autónoma de Andalucía ha asumido la competencia exclusiva. Estas competencias autonómicas no resultan desplazadas por ejercerse en el territorio del Parque, sino que concurren con las estatales. El Tribunal concluye que en este caso la afectación transversal de las competencias autonómicas no se produce mediante “límites puntuales de la actividad perjudicial para el parque”, sino mediante “una regulación sustantiva que va más allá”, lo que determina su inconstitucionalidad.

Más adelante, en relación con las competencias en materia de investigación que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas pueden desarrollar, el Tribunal descarta que se trate de un supuesto de concurrencia competencial en un mismo espacio físico y expone cómo el canon de afectación transversal en materia de medio ambiente constituye un límite proteccionista respecto de las actividades investigadoras que las distintas Administraciones competentes pretendan regular. El Tribunal aclara que “la transversalidad de la competencia estatal, por su propia naturaleza, siempre ha de conllevar la afectación de las competencias autonómicas, pero la indicada afectación podrá ser, según los casos, más o menos intensa y no generará necesariamente por ello una vulneración de la competencia autonómica, salvo si conllevara su anulación”. (STC 101/2005, de 19 de abril).

**E) La competencia básica estatal en materia de medio ambiente permite una tipificación detallada de las conductas infractoras en garantía de su protección siempre que respete un margen para que las Comunidades Autónomas puedan ejercer su competencia normativa**

En la STC 100/2005, de 19 de abril, se declara la conformidad a la Constitución de la regulación del art. 10, apartados 2, 3 y 4.a), de la Ley 3/1999, de 11 de enero, por la que se crea el Parque Nacional de Sierra Nevada. En dichos preceptos se tipifican determinadas conductas infractoras, lo que a juicio de la Junta de Andalucía invade sus competencias. El recurrente alegaba que esta regulación superaba el marco general de la Ley 4/1989 de espacios naturales protegidos y prácticamente eliminaba la posibilidad de desarrollar una tipificación autonómica más intensa o de conductas no previstas en la norma estatal, al configurar un sistema que no podía ser entendido como una garantía de mínimos, garantía que caracteriza a las normas básicas en esta materia.

El Tribunal rechaza la inconstitucionalidad de esta regulación y declara que se trata de “uno de esos supuestos en que la normativa básica estatal puede tener mayor amplitud, en aras de la relevancia que el régimen sancionador tiene para la preservación del espacio privilegiado que constituyen los parques nacionales y toda vez que la Comunidad Autónoma aún dispone de margen para ejercer su competencia normativa”. Este margen puede operar mediante la tipificación de supuestos más específicos y mediante un cuadro sancionador que, sin infringir el art. 149.1.1 CE, imponga los máximos niveles de protección que se consideren deseables.

Sin embargo, el Tribunal considera contrario al orden constitucional de competencias la letra b) del apartado 4 que considera infracción leve “el incumplimiento de cualquier otro precepto de la normativa del parque, salvo que el mismo constituya la comisión de infracción administrativa prevista en la presente Ley o en la Ley 4/1989, de 27 de marzo”. A juicio del Tribunal, este precepto regula un tipo infractor que, sin necesidad de entrar en otras consideraciones, vulnera las competencias autonómicas por su enunciado integrador de cualquier infracción de la legislación vigente, con el consiguiente vaciamiento de aquellas competencias.

### 3. LEY

#### A) Reserva de Ley en materia penal

**a) No se vulnera porque el órgano judicial cite equivocadamente la Ley aplicable ya que ésta reproduce el Derecho en vigor en el momento en que se produjeron los hechos enjuiciados**

En la STC 129/2005, de 23 de mayo, el Tribunal Constitucional resuelve el recurso de amparo interpuesto por vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE). El demandante en amparo era un funcionario del cuerpo Técnico de Instituciones Peniten-

#### IV. Fuentes del Derecho

ciarias que había sido sancionado con tres meses de suspensión de funciones como responsable de una falta grave del art. 7.1.i) del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, consistente en “falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave”.

Al dictar la resolución sancionadora, la Administración aplicó los apartados 1 y 3 del art. 28 del Reglamento penitenciario en la redacción vigente al tiempo de los hechos, que resultaba de la reforma introducida en dicho Reglamento por el Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo. Sin embargo, tal y como señala el demandante, el órgano judicial no transcribió en su Sentencia esa nueva redacción de los apartados 1 y 3 del art. 281 del Reglamento penitenciario, sino la originaria del Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, anterior a esa reforma.

Para el Tribunal, esta discordancia carece de relevancia constitucional por dos motivos: porque la norma aplicada por la Administración fue la vigente en el momento de los hechos y porque la norma previa erróneamente citada por el órgano judicial en su labor revisora para integrar el tipo aplicado en nada contenía una regulación materialmente distinta a la que había sido aplicada por la Administración.

No cabe por tanto afirmar la vulneración del principio de legalidad penal, dado que el demandante fue sancionado por la Administración mediante la aplicación de una norma sancionadora vigente en el momento de realizarse los hechos, el art. 7.1.i) del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, sin que a esta conclusión obste el error no determinante del órgano judicial al citar la norma que relacionaba los cometidos propios del funcionario sancionado.

#### **b) Vulnera el principio de legalidad penal la aplicación analógica de un tipo penal al asimilar el fraude de ley tributaria con una conducta punible a título de delito fiscal**

En la **STC 120/2005, de 10 de mayo**, el Tribunal Constitucional estima la vulneración del art. 25.1 de la Constitución que garantiza el principio de legalidad penal. El Tribunal considera que vulnera el citado principio la aplicación analógica de un tipo penal al asimilar el fraude de ley tributaria con una conducta punible a título de delito fiscal.

Además, la configuración del fraude de ley tributaria como conducta punible a título de delito fiscal sería también lesiva del citado derecho por aplicación del canon de examen utilizado por el Tribunal cuando se aducen vulneraciones del mismo por razón de las operaciones judiciales de subsunción de los hechos en las normas penales preexistentes. En este sentido, se entiende lesionado el principio de legalidad penal cuando tales operaciones obedezcan a una aplicación de la norma punitiva tan carente de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones.

**B) Reserva de Ley en materia sancionadora: la relación entre el titular de una expendedoría de tabaco y el Estado no permite flexibilizar la aplicación del principio de legalidad en materia sancionadora**

La STC 91/2005, de 18 de abril, resolvió un recurso de amparo interpuesto por vulneración del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE). La recurrente, titular de una expendedoría de tabaco, argumenta que la sanción que le había sido impuesta por la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos por “suministrar a puntos de venta con recargo distintos de los que estuviesen obligatoriamente adscritos” aplicaba un precepto legal (art. 8.4 de la Ley 38/1985, de 22 de noviembre, del monopolio fiscal de tabacos) que no satisfacía las exigencias del principio de legalidad sancionadora garantizado como derecho fundamental en el art. 25.1 CE; el citado precepto, al remitir la tipificación de las infracciones al Reglamento de la Red de venta al por menor del Monopolio, determinaba una deslegalización de la materia contraria a la Constitución.

El Tribunal otorga el amparo solicitado al considerar que la norma reglamentaria aplicada para sancionar “no se limitaba a desarrollar y precisar los tipos de infracciones previamente establecidos en la Ley, sino que, por el contrario, reguló esta materia sin sometimiento a directriz previa alguna en cuanto a la tipificación de las conductas consideradas infractoras, lo que no puede admitirse en virtud del art. 25.1 CE”. El Tribunal precisó que no cabe admitir que de la relación existente entre el titular de la expendedoría y el Estado pueda derivarse fundamento alguno para que la infracción por la que se sancionó carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el art. 25.1 CE.

Esta Sentencia reitera la jurisprudencia constitucional de las SSTC 26/2005, de 14 de febrero y 54/2005, de 14 de marzo.

**C) Reserva de ley en materia tributaria: las tarifas portuarias son prestaciones patrimoniales de carácter público**

En la STC 102/2005, de 20 de abril, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con los apartados 1 y 2 del art. 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante. El Tribunal Supremo plantea si el citado precepto respeta la reserva de Ley establecida en el art. 31.3 CE según la interpretación de la STC 185/1995, al calificar las tarifas por servicios portuarios como precios privados y no como prestaciones patrimoniales de carácter público y permitir su cuantificación por Orden Ministerial.

El Tribunal Constitucional afirma que las tarifas por servicios portuarios a las que se refiere el art. 70.1 de la Ley 27/1992 son verdaderas prestaciones patrimoniales de carácter público, dado que se exigen por servicios que se prestan en régimen de monopolio o bien por la utilización u ocupación de los bienes o instalaciones portuarias que constituyen dominio público [SSC 185/1995, FJ 3º.b) y 233/1999, FJ 16º]. En consecuencia,

#### IV. Fuentes del Derecho

con independencia de la calificación legal de la Ley 27/1992 las tarifas por servicios portuarios son prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria sometidas a reserva de ley en virtud de los arts. 31.3 y 133.1 CE.

Una vez calificadas las tarifas reguladas en el art. 70.1 de la Ley 27/1992 como prestaciones patrimoniales de carácter público procede determinar si su regulación vulnera o no la reserva de ley.

En primer lugar, es preciso aclarar que el art. 70.2 de la Ley 27/1992 que dispone que el Ministerio de Obras Públicas y Transportes establecerá los límites máximos y mínimos de las tarifas por servicios portuarios, no está autorizando que dicho Ministro “establezca” las citadas tarifas, sino que únicamente permite que tal órgano fije la cuantía de la prestación tributaria previamente establecida en la Ley (concretamente en el art. 70.1 en relación con los arts. 66, 71 y 72, todos ellos de la Ley 27/1992).

La jurisprudencia constitucional ha establecido que el hecho de que la ley permita que normas reglamentarias fijen la cuantía de la prestación patrimonial de carácter público no vulnera por sí mismo la reserva de ley (SSTC 185/1995 y 233/1999). Sin embargo, exige que la ley fije un límite máximo de la prestación de carácter público o de los criterios para fijarlo (STC 63/2003, FJ 7º). El art. 70.2 de la Ley 27/1992, al señalar que el Ministerio de Obras Públicas y Transportes será el que establecerá “los límites mínimos y máximos de las tarifas”, traza un ámbito de cuantificación que deja un amplísimo margen de libertad al mencionado órgano del poder ejecutivo, lo que implica una habilitación tan indeterminada que desborda los límites que para la colaboración reglamentaria derivan de las exigencias de la reserva de ley establecida en los arts. 31.3 y 133.1 CE.

En conclusión, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del art. 70.1 y 2 de la Ley 27/1992 de puertos del Estado y de la marina mercante.

En la **STC 121/2005, de 10 de mayo**, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con los apartados 1 y 2 del art. 70 de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de puertos del Estado y la marina mercante, que reformó la citada Ley 27/1992 a la que se refiere la STC 102/1995, de 20 de abril.

La cuestión se suscitó como consecuencia de la impugnación de la tarifa T-9 exigida por el Puerto de Santander por el servicio de limpieza de muelles y depósito de las mercancías con el fin de evitar la contaminación de la mercancía en la próxima escala, que constituye un servicio de recepción obligatorio por los particulares, y que además se presta de forma directa por la Administración portuaria en régimen de monopolio. Dadas las características del servicio, las tarifas correspondientes constituyen prestaciones de carácter público sometidas a reserva de Ley en virtud del art. 31.3 CE.

El art. 70.1 de la Ley 62/1997 no respeta la reserva de ley que establecen los arts. 31.3 y 133.1 de la Constitución, que exige que la creación *ex novo* del tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo debe llevarse a cabo mediante Ley; el párrafo 2 del citado art. 70.1 cuestionado relega a una Orden Ministerial la defini-

ción de “los supuestos y la estructura tarifaria a aplicar por los servicios prestados para el conjunto del sistema portuario, así como sus elementos esenciales”, por lo que infringe la reserva de ley que en este ámbito impone la Constitución.

Por lo que se refiere al art. 70.2 que remite a una Orden Ministerial la fijación de la cuantía de las tarifas por servicios portuarios, la STC 121/2005 reitera la jurisprudencia consolidada en esta materia, que exige la determinación en la ley de un límite máximo de la prestación de carácter público o de los criterios para fijarlo. En consecuencia, el Tribunal declara la inconstitucionalidad del art. 70.1 y 2 según la redacción de la Ley 62/1997, en la medida en que se apliquen a prestaciones patrimoniales de carácter público.

#### 4. REGLAMENTO

##### A) Relaciones ley-reglamento

##### a) El principio de legalidad permite un verdadero desarrollo y concreción de las disposiciones legales por vía reglamentaria

En la STS de 11 de febrero de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 1466, resuelve el Tribunal el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra el Real Decreto 1247/2002, de 3 de diciembre, por el que se regula el Fondo de Cohesión Sanitaria. La parte recurrente alega como base de la impugnación que el reglamento vulnera el principio de legalidad porque impone limitaciones y restricciones con respecto a la normativa de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, y porque, asimismo, desconoce el contenido de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Al respecto apunta el Tribunal que la disposición impugnada se dictó por el Gobierno en ejercicio de su potestad reglamentaria, ya que se trata de una norma de desarrollo de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, que regula las Medidas Fiscales y Administrativas del Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común y las Ciudades con Estatuto de Autonomía. Luego, no se trata de un reglamento de carácter general, puesto que se desarrolla un punto de un precepto concreto, los párrafos segundo y tercero del apartado c) “fondos específicos” del artículo 4.B) de la Ley. El carácter extenso y complejo de dicha Ley, la financiación de las Comunidades Autónomas, exige un desarrollo mediante reglamentos posteriores. En concreto, en lo que afecta al Fondo de Cohesión Sanitaria, la Ley dispone que el mismo se articulará de acuerdo con su regulación específica, habilitando al mismo tiempo al Ministerio de Sanidad y Consumo para establecer un procedimiento determinado, el de compensación con cargo a este fondo, de las Comunidades Autónomas.

## IV. Fuentes del Derecho

Por tanto, se está ante un Reglamento que desarrolla, interpreta y precisa los mandatos de una Ley anterior, en cuyo procedimiento de elaboración se han respetado todos los preceptos legales. El Gobierno ha hecho una interpretación y concreción determinada de los mandatos de la Ley. Luego, en principio este uso de la potestad reglamentaria es legítimo, ya que la misión de los reglamentos no es sólo llevar a cabo una mecánica repetición de los preceptos de la Ley con alguna pequeña aclaración complementaria de carácter organizativo o procedimental, sino que su cometido es la precisión y el desarrollo de los mandatos legales, y esto puede conllevar una interpretación que se efectúa legítimamente, pese a que en alguna ocasión pueda frustrar expectativas derivadas de la misma generalidad de los términos empleados por el legislador. En este caso, por tanto, el reglamento no ha sobrepasado los mandatos legales, sino que los precisa e interpreta de forma respetuosa con el principio de legalidad.

### b) Nulidad de Orden autonómica por carecer de base legal

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias resuelve en su **STSJ de Canarias de 11 de febrero de 2005**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 213, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular contra la Orden de 17 de julio de 2001, de la Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno de Canarias, que estableció “el baremo que ha de regir el concurso de nueva adjudicación de oficinas de farmacia”, al considerarla nula de pleno derecho por vulnerar la normativa legal vigente en la materia.

Pese a que la Comunidad Autónoma de Canarias ostenta en virtud de su Estatuto de Autonomía la competencia exclusiva en materia de ordenación de establecimientos farmacéuticos, afirma el Tribunal, que ello no la exime del debido respeto a las bases que corresponden al Estado para la regulación de la sanidad, dada la consideración de las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios según el art. 103.2 de la Ley General de Sanidad. Las bases estatales de la sanidad en cuanto a la ordenación farmacéutica se contienen en la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de los Servicios de las Oficinas de Farmacia, que atribuye a las Comunidades Autónomas el establecimiento de los criterios específicos de planificación para la autorización de tales oficinas.

Por lo que se refiere en concreto a la Comunidad Autónoma de Canarias, no existe Ley alguna que regule la ordenación farmacéutica, y que contenga, asimismo, el baremo de méritos específico para acceder a una oficina de farmacia. Falta, por tanto, desarrollar en Canarias por vía legislativa la regulación de la citada materia, en el marco orientador de la legislación básica dictada por el Estado al respecto: Ley General de Sanidad, Ley del Medicamento y Ley de Regulación de los Servicios de las Oficinas de Farmacia. La trascendencia de esta omisión estriba en que el farmacéutico titular de una oficina de farmacia, que es un establecimiento sanitario de interés público, es un profesional titulado, y la regulación de las profesiones tituladas que exigen estar en posesión de estudios superiores queda reservada a la Ley por el artículo 36 de la Constitución.

El Decreto Regional 258/1997, de 16 de octubre, por el que se establecen los criterios específicos de planificación y ordenación farmacéutica es, pues, un verdadero reglamento

independiente en el que se abordan aspectos que no son precisamente instrumentales o complementarios, sino cuestiones sustanciales que afectan a la regulación del ejercicio de la profesión farmacéutica, dejándose fuera, incluso, las condiciones personales para tener derecho a una de las nuevas instalaciones, es decir, el baremo de méritos, regulado en la Orden recurrida.

De todo ello se deriva que la Orden recurrida que establece el baremo de méritos rector de los concursos para la instalación de oficinas de farmacia, en modo alguno puede considerarse como un reglamento doméstico o de naturaleza *ad intra*, ya que el baremo de méritos determina qué licenciados en farmacia pueden acceder al ejercicio de la profesión, mediante un concurso público, de suerte que la aprobación de la norma reglamentaria corresponde al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias. En efecto, en la Orden se definen en realidad las condiciones para acceder al ejercicio de la profesión, conteniéndose en el mismo una regulación detallada de los requisitos para obtener autorización de apertura de oficina de farmacia. Y, por supuesto, en el caso de la profesión farmacéutica, el conseguir una oficina de farmacia constituye para el licenciado en Farmacia el caso típico del ejercicio de la profesión. De ahí que el baremo de méritos para desempeñar esta profesión no pueda ser regulado por Orden de un Consejero. Dudoso es, incluso, que lo pueda ser por Decreto. De modo que en virtud de la vulneración legal apuntada, la Orden impugnada es declarada nula de pleno derecho.

## **B) Ordenanzas locales sancionadoras**

En las SSTSJ de Madrid de 9 de febrero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 144, y de 10 de febrero de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 212, el Tribunal resuelve sendos recursos de apelación interpuestos contra Sentencias anteriores desestimatorias de los recursos contencioso-administrativos presentados por el Canal de Isabel II frente a las sanciones impuestas por la comisión de infracciones tipificadas en la Ordenanza general del Ayuntamiento de Madrid reguladora de las obras, servicios e instalaciones en las vías y espacios públicos municipales. Cuestiona en el recurso la parte actora la cobertura legal de la Ordenanza para tipificar la utilización de vallas durante la realización de obras en la vía pública.

Para resolver el recurso el Tribunal se refiere ampliamente a la jurisprudencia constitucional relativa a la reserva de Ley exigida para la emisión de ordenanzas locales sancionadoras. Reserva de Ley que en esos casos se considera de forma flexible, dado el carácter representativo del Pleno del Ayuntamiento, y de la garantía constitucional de la autonomía local. Ahora bien, continúa el Tribunal, esa flexibilidad debe darse en el marco del cumplimiento de dos requisitos, de un lado, la fijación legal de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones, y de otro, que la Ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales.

## IV. Fuentes del Derecho

En el caso de la Ordenanza impugnada, no puede considerarse que la Ley Territorial 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid, establezca esos criterios de antijuridicidad, ya que sólo se refiere al concepto de infracción, señalando que son infracciones urbanísticas las acciones y omisiones que vulneren o contravengan esta Ley, los Planes y las Ordenanzas, y estén sujetas a sanción y tipificadas en la presente Ley. No existiendo, a juicio del Tribunal, alguna otra norma legal que contemple como un hecho antijurídico, merecedor de una sanción, la utilización en las obras que se realizan en la vía pública de vallas de los modelos definidos en la Ordenanza.

Además, con respecto a la posibilidad de que la nueva regulación contenida en los arts. 139 y 140 de la Ley de Bases de Régimen Local, a raíz de su reforma a través de la Ley 57/2003 de Medidas de Modernización del Gobierno Local, pueda servir de cobertura a la Ordenanza impugnada, afirma el Tribunal que ninguna de las infracciones tipificadas puede servir de base a la infracción de la Ordenanza. E igualmente, las cuantías de las sanciones previstas por esta Ley son sobrepasadas por las de la Ordenanza. De modo que la misma ha vulnerado el Derecho fundamental a que la sanción esté definida en una ley, contenido en el art. 25 CE y es, por tanto, nula de pleno derecho.

## 5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

### A) Principio de igualdad en la ley

#### a) La inclusión en distintos regímenes de Seguridad Social no produce su vulneración

La STC 88/2005, de 18 de abril, resolvió el recurso de amparo interpuesto por vulneración del principio de igualdad en la Ley en cuanto aplica a los religiosos y religiosas el régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA) en tanto que los sacerdotes se acogen al régimen general.

El problema que resuelve la Sentencia citada se concreta en la aplicación del RD 487/1998, de 27 de marzo, que, en desarrollo de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, encomendaba al Gobierno la aprobación, en el plazo máximo de seis meses, de las disposiciones normativas que sean necesarias a los efectos de computar para los sacerdotes y religiosos/as secularizados, el tiempo que estuvieron ejerciendo su ministerio o religión, y en el que no les fue permitido cotizar por su falta de inclusión en el sistema de la Seguridad Social, con objeto de que se les reconozca el derecho a la percepción de la pensión de jubilación denegada o a una cuantía superior a la que tienen reconocida.

El RD 487/1998 reconoció a los sacerdotes y religiosos secularizados con anterioridad al 1 de enero de 1997, la posibilidad de computar como cotizados a la Seguridad Social los años de ejercicio sacerdotal o religioso transcurridos con anterioridad a la fecha de incorporación de los colectivos respectivos al sistema de la Seguridad Social (1 de enero de 1978, en el caso de los sacerdotes y 1 de mayo de 1982, en el caso de los religiosos y religiosas) en la medida necesaria para alcanzar el período mínimo de carencia de quince

años para la pensión de jubilación. El INSS, y posteriormente el Tribunal Supremo, en el asunto objeto de la presente demanda de amparo, fijó como límite temporal del inicio del período de la actividad religiosa computable, el de la creación, el 1 de enero de 1962, de la primera Mutualidad de Trabajadores Autónomos (la de alimentación), por entender que con anterioridad a ello no cabía apreciar la situación específica de religiosos y religiosas de no haberseles “permitido cotizar por su falta de inclusión en el sistema de la Seguridad Social”, que, de acuerdo con la Ley 13/1996, justificaba la asimilación considerada. Ésta es la interpretación que, a juicio de la demandante en amparo, vulnera su derecho a la igualdad, ya que, por el hecho de estar asimilada al RETA, ve disminuidos sus derechos con respecto a los sacerdotes, que, al haber sido asimilados al régimen general, no tienen la limitación retroactiva en la ficción de cotizaciones que concede el RD 487/1998. El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto, dado que según jurisprudencia reiterada no son términos homogéneos de comparación, a efectos de lo dispuesto en el art. 14 CE, regímenes de la Seguridad Social distintos (SSTC 103/1984, de 12 de noviembre, FJ 4º; 173/1988, de 3 de octubre, FJ 2º; 184/1993, de 31 de mayo, FJ 2º), pues la articulación de los mismos se justifica en las peculiaridades socioeconómicas o productivas que están presentes. La identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos puede ser un objetivo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo constitucional. En este sentido, la diferenciación efectuada en su día por el legislador entre los sacerdotes y los religiosos y religiosas a efectos de su integración en el sistema de la Seguridad Social aparece justificada por razón de la diferente actividad desarrollada por unos u otros, lo cual, a juicio del Tribunal no vulnera el principio de igualdad.

**b) La atribución a las Administraciones Públicas de la competencia para promover planes y fondos de pensiones y realizar contribuciones a los mismos no infringe el principio de igualdad en la Ley**

En la STC 139/2005, de 26 de mayo, el Tribunal Constitucional resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con la Disposición Final Segunda de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de planes y fondos de pensiones, en la redacción dada por el apartado 23 de la Disposición Adicional Undécima de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados.

La citada Disposición establecía que:

“Los Organismos a los que se refiere la Disposición Adicional Cuadragésima Octava de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, podrán promover planes y fondos de pensiones y realizar contribuciones a los mismos, en los términos previstos en la presente Ley y desde su promulgación.”

## IV. Fuentes del Derecho

El órgano judicial planteó la posible vulneración del art. 14 CE, dado que la regulación en cuestión establece una desigualdad retributiva entre distintos funcionarios, sin motivación ni justificación razonable, por el solo hecho de que la Administración constituya el fondo y los funcionarios se afilien a él, en detrimento de las Administraciones y funcionarios que no actúen de igual modo. Se plantea así un juicio de igualdad entre empleados públicos que prestan sus servicios a diferentes entidades públicas. Sin embargo, la norma legal cuestionada no introduce por sí misma, a juicio del Tribunal Constitucional, ni mediata ni inmediatamente, una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas. El citado precepto no distingue regímenes jurídicos en función de la diferencia de situaciones subjetivas sino que se limita a habilitar a las entidades integradas en el sector público para que puedan “promover planes y fondos de pensiones y realizar contribuciones a los mismos”. Por lo tanto, los únicos sujetos expresamente identificados en la norma son los entes públicos que “no pueden ser considerados como titulares del derecho fundamental a la no discriminación amparado por el art. 14 CE, que se refiere a los españoles y no es de aplicación a las personas jurídico-públicas en cuanto tales” (STC 211/1996, de 17 de diciembre, FJ 4º).

Además, si bien es cierto que el uso de esta habilitación por las diferentes entidades públicas contempladas en su ámbito subjetivo puede dar lugar a eventuales situaciones discriminatorias, en la medida en que, dentro de una misma Administración, se hiciese participar en los planes de pensiones a unos u otros funcionarios públicos diferenciándolos sin causa constitucionalmente justificada, no es éste un efecto que quepa inferir directa e inexorablemente del contenido normativo de la Disposición Final Segunda de la Ley, por lo que no procede formular reproche alguno de constitucionalidad al legislador en este punto. En su caso, esa hipotética vulneración del mandato de no discriminación contenido en la Ley (art. 5) y del derecho fundamental invocado, deberá ser reparada en cada supuesto concreto por los órganos judiciales o, en su caso, por el Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus respectivas funciones jurisdiccionales.

### **B) Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y principio de seguridad jurídica**

#### **a) No se ven vulnerados por el cumplimiento de la condición resolutoria de un acto administrativo**

En la STC 83/2005, de 7 de abril, el Tribunal Constitucional resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con la Ley Foral 17/1994, de 2 de noviembre, que regulariza la aplicación del sistema retributivo instaurado por el Estatuto del personal al servicio de las Administraciones públicas de Navarra y sus normas reglamentarias de desarrollo.

El órgano judicial que promovió el proceso planteó la posible vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales garantizado por el art. 9.3 CE, porque la Ley cuestionada no sólo

pretende “regular el régimen retributivo de los funcionarios a partir de su entrada en vigor”, sino incidir “en situaciones ya fenecidas”. El Tribunal Constitucional rechaza la argumentación del órgano judicial dado que “no son situaciones jurídicas con efectos ya producidos y agotados las fijadas por un acto administrativo sometido a condición resolutoria, –hipótesis de la que se parte para dar lugar a la aplicación de la Ley Foral cuestionada–, que supone que los efectos decaerán si se produce un evento futuro objetivamente incierto”. En concreto, se refería a los actos administrativos que reconocían a los funcionarios de las Administraciones Públicas de Navarra un quinquenio extraordinario, decisión sometida a la condición resolutoria de que los Tribunales declarasen inaplicable el quinquenio extraordinario en el nuevo régimen retributivo, como de hecho ocurrió. Estos funcionarios también estaban obligados a devolver lo cobrado en exceso, una vez cumplida la condición resolutoria. En este caso, por lo tanto, la consecuencia jurídica de la devolución de retribuciones no había sido creada por la norma cuestionada, sino que ya estaba prevista en las liquidaciones provisionales, por lo que no se produce ningún tipo de retroactividad contraria al art. 9.3CE.

La seguridad jurídica tampoco puede considerarse vulnerada cuando las propias liquidaciones provisionales advertían de su carácter condicionado y eventualmente claudicante. No cabe mantener ninguna expectativa de mantenimiento incondicionado de una situación fundada en un desplazamiento patrimonial producido con carácter condicionado.

**b) No cabe subsumir en este principio posibles vulneraciones del principio de confianza legítima ajenas al ámbito sancionador o restrictivo de derechos individuales al que se refiere el artículo 9.3 de la CE**

La STS de 21 de abril de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 3476, resuelve el recurso de casación interpuesto por “Endesa SA” contra Sentencia desestimatoria del recurso interpuesto contra la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 14 de junio de 1999, por la que se establecía la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica.

Alega la parte recurrente, entre otros motivos, la vulneración por la Orden del art. 2.3 del Código Civil, así como de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico, por lo que se refiere a los efectos retroactivos de la Orden impugnada, en cuanto que los mismos suponen la vulneración de la confianza de la empresa generándole perjuicios directamente. Al respecto apunta el Tribunal que el principio de irretroactividad no tiene un alcance absoluto, tal y como parece invocarlo la recurrente. El art. 2.3 del Código Civil admite la posibilidad de que las normas tengan efecto retroactivo cuando así lo dispusieren y el art. 9.3 CE se refiere exclusivamente a normas de carácter sancionador o restrictivo de los derechos individuales. De modo que la Orden impugnada es una norma de complemento de la Ley del Sector Eléctrico que puede tener la eficacia que ella misma disponga, conforme a sus propios principios rectores. En todo caso, continúa argumentando el Tribunal, el problema de la retroactividad *in peius* hubiera requerido demostrar –y no sólo afirmar– los perjuicios directamente derivados para “Endesa, SA” de

#### IV. Fuentes del Derecho

la nueva regulación que la Orden fija respecto del ejercicio anterior a su publicación. De haber existido y ser probados resultaría factible plantearse cuestiones atinentes a su eventual indemnización por quiebra del principio de confianza legítima: habría que resolver, a partir de aquella premisa, si el escenario descrito por la recurrente (inversiones hechas según un régimen normativo determinado que, a causa de la regulación ulterior, no obtienen el retorno legítimo y atendible según el precedente, en un sector de la actividad no abierto a la competencia y sujeto a la determinación retributiva de la Administración) podría eventualmente originar un derecho de resarcimiento. Pero además, hay que tener en cuenta que los efectos eventualmente desfavorables para las empresas eléctricas derivados de un defectuoso régimen retributivo posterior a la Ley 54/1997 y anterior al Real Decreto 1432/2002, de 27 de diciembre, quedaron desactivados cuando se les reconoció, a posteriori, el derecho a ser compensadas –como un nuevo coste de la tarifa ulterior– por el “desajuste de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas que se ha producido en años anteriores al que se dicta” el citado Real Decreto. Luego el recurso queda desestimado.

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ

SILVIA DÍEZ SASTRE



## V. ACTOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

### Actos y Procedimiento Administrativos

#### Sumario:

**1. Consideración preliminar.** **2. Tipos de actuación administrativa.** A) Inactividad de la Administración. **3. Clases de actos.** A) Actos de trámite. a) La incoación del expediente administrativo para la expulsión de un extranjero del territorio nacional es un acto de trámite que no puede ser impugnado. b) Aunque se trate de un acto de trámite, es impugnable la resolución administrativa por la que se niega competencia a una determinada titulación para elaborar un proyecto de evaluación de impacto ambiental.

**4. Requisitos del acto administrativo.** A) Motivación. a) Falta de motivación en la incoación de un expediente de expulsión de un extranjero. b) Suficiente motivación. c) Necesidad de motivación de las modificaciones de los planes urbanísticos. Los defectos en la motivación no son causa de nulidad de pleno derecho. **5. Procedimiento administrativo.** A) Silencio. a) Distinción entre silencio y caducidad. b) No cabe aprobación por silencio administrativo de planes urbanísticos contrarios al ordenamiento jurídico. c) Obtención de una autorización para la implantación de un hospital privado por silencio administrativo positivo en la Comunidad Autónoma de Valencia. d) No caben resoluciones tardías contrarias al sentido del silencio positivo. **6. Invalidez.** A) Actos prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido: falta de motivación en la aprobación por vía de urgencia de un acuerdo municipal de revisión del planeamiento urbanístico. **7. Eliminación del acto.** A) Revisión de oficio. a) No procede cuando el acto no incurre en nulidad de pleno derecho.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de noviembre a enero de 2005 con respecto a las sentencias de los Tribunales de Justicia, y de los meses de noviembre a febrero de 2005 por lo que respecta a las del Tribunal Supremo. En este período se sigue la jurisprudencia consolidada en cuestiones relativas al silencio administrativo, concretamente a las resoluciones tardías de la Administración, adoptadas en sentido contrario a los efectos del silencio positivo producido. Con respecto a la revisión de oficio de los actos administrativos declarativos de derechos, el Tribunal Supremo recuerda en uno de sus pronunciamientos que no todos los actos ilegales son susceptibles de eliminación por esa vía.

## 2. TIPOS DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

### A) Inactividad de la Administración

La STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2004, Ar. 58, enjuicia un supuesto de inactividad de la Administración en relación con la retirada de la vía pública de las sillas y mesas colocadas al amparo de una licencia de instalación de veladores, cuyo plazo de vigencia ya había expirado. El Tribunal considera que era necesario que el particular interesado previamente requiriera a la Administración para que ésta ordenase al titular de la licencia la retirada del citado mobiliario urbano. De esta manera, el particular debía haber esperado a que la Administración dictara la correspondiente resolución o al transcurso del plazo previsto para ello. Por este motivo el Tribunal desestimó el recurso, porque si bien la parte actora formuló una denuncia previa equivalente a un requerimiento, no esperó el tiempo previsto de tres meses exigido por el art. 29 de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

En relación con la inactividad de la Administración, afirma el Tribunal:

“(…) aun cuando la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como señala su Exposición de Motivos, haya creado un nuevo objeto de recurso, como es el que se fundamente en la inactividad de la Administración, (...), lo cierto es que este recurso sólo se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, esto es, una obligación de hacer, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas. Claro está que este remedio no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el *quando* de una decisión o de una actuación material. De ahí que la Ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y que la eventual sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas. El recurso contencioso-administrativo, por su

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativas, sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad”.

### 3. CLASES DE ACTOS

#### A) Actos de trámite

##### a) La incoación del expediente administrativo para la expulsión de un extranjero del territorio nacional es un acto de trámite que no puede ser impugnado

Así lo declara la STS de 3 de marzo de 2005, Ar. 1914.

##### b) Aunque se trate de un acto de trámite, es impugnable la resolución administrativa por la que se niega competencia a una determinada titulación para elaborar un proyecto de evaluación de impacto ambiental

Así lo reconoce la STSJ de Canarias de 8 de marzo de 2005, Ar. 181, siguiendo jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la que se afirma que:

“La naturaleza jurídica de los actos de trámite (art. 37.1 LJCA) no debe ser afirmada en abstracto, tomando como única referencia la función que la norma asigna a cada una de las resoluciones que integran la secuencia de un procedimiento administrativo, sino atendiendo también a los fines que concretamente cumplen y a los efectos que desencadenan, pues la contemplación de esos fines y efectos mostrará el verdadero sentido del acto, aquel que revelará si estamos en presencia de un acto interlocutorio o de una resolución que pone fin a una fase del procedimiento administrativo autónoma respecto de otra posterior a la que predetermina en una parte sustancial de su contenido y alcance, afectando al propio tiempo derechos o intereses legítimos’. ‘La doctrina sobre los actos de trámite atribuye este carácter a los que preparan y hacen posible la decisión, dirigiéndose al mayor acierto de ésta, frente a las resoluciones que deciden las cuestiones planteadas, que se califican como actos definitivos. A estos últimos se asimilan los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento o producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En virtud de este esquema, la jurisprudencia declara que tienen la consideración de actos de trámite los actos resolutorios que se producen dentro de un procedimiento y que cierran cada una de sus fases, como ocurre con la aprobación inicial o provisional de determinados proyectos y planes.”

### 4. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

#### A) Motivación

##### a) Falta de motivación en la incoación de un expediente de expulsión de un extranjero

En la STS de 2 de febrero de 2005, Ar. 1833, se aprecia falta de motivación en el acto administrativo por el que se deniega la renovación de permiso de residencia a un extran-

jero. Se considera que la resolución administrativa recurrida causa indefensión, porque no precisa la “causa de prohibición de entrada” que se aplica en el caso concreto, aunque en la sentencia quedó probado que la renovación del permiso se deniega “en base a los hechos y circunstancias que obran en el expediente y toda vez que constan antecedentes penales al haber sido condenado en fecha 6 septiembre de 1996 a la pena de 6 meses y un día de prisión menor por el delito de atentado”, y asimismo que en la resolución administrativa se declara que “ello constituye causa impeditiva para la concesión de los permisos de residencia a tenor de lo dispuesto en el art. 39 del Reglamento”. Por otro lado, el Tribunal considera que la citada resolución administrativa realiza una interpretación equivocada del art. 13.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, en términos de “condena penal-denegación de renovación” y que la Administración debió entrar a valorar “las circunstancias concurrentes en cada caso”.

### **b) Suficiente motivación**

La STSJ de Madrid de 31 de enero de 2005, Ar. 198, reproduce la jurisprudencia relativa a la motivación de los actos administrativos, tanto la del Tribunal Constitucional, STC 36/1982, como la del Tribunal Supremo. En este sentido, la sentencia recuerda que: “la motivación no es sinónimo de razonamiento exhaustivo, prolijo y detallado, siendo suficiente cuando permite comprobar la objetividad del acto mediante la expresión del proceso lógico que determina la decisión, y ello con la finalidad del ‘conocimiento de las razones de la decisión administrativa por los interesados en términos que haga posible la defensa de sus derechos e intereses’, motivación que debe darse ‘en cada caso con la amplitud necesaria para tal fin’”. En aplicación de esta doctrina jurisprudencial se desestimaron los recursos interpuestos por varias empresas de electricidad contra resoluciones de la Dirección General de Energía sobre cálculos de compensación por la prestación del servicio de energía eléctrica en territorios fuera de la península.

### **c) Necesidad de motivación de las modificaciones de los planes urbanísticos. Los defectos en la motivación no son causa de nulidad de pleno derecho**

La STSJ de Castilla y León de 31 de enero de 2005, Ar. 73, considera que no hay razón para estimar el recurso interpuesto contra la Orden de la Consejería correspondiente que aprobó definitivamente las Modificaciones del Plan General Municipal de Ordenación Urbana de León. En relación con la motivación del citado plan, la Sentencia se pronuncia en los siguientes términos: “ninguna norma exige que en la Memoria del Plan General se efectúe una motivación específica y exhaustiva de todas y cada una de las determinaciones en él contenidas, a lo que cabe añadir, por fin, que una defectuosa motivación puede integrar un vicio de anulabilidad o una mera irregularidad no invalidante, según se haya o no producido la indefensión del administrado (que aquí, dicho sea de paso, no se aprecia), pero en ningún caso constituye una causa de nulidad absoluta o de pleno derecho”.

### 5. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

#### A) Silencio

##### a) Distinción entre silencio y caducidad

En la STS de 3 de marzo de 2005, Ar. 1914, se afirma, en un supuesto en el que se había incoado un expediente de expulsión de un extranjero del territorio nacional y no se había dictado ni se había notificado una resolución definitiva en el plazo legalmente establecido, que no se produce el silencio sino la caducidad pues se trata de un procedimiento que se inicia de oficio y es susceptible de producir efectos desfavorables para el ciudadano.

##### b) No cabe aprobación por silencio administrativo de planes urbanísticos contrarios al ordenamiento jurídico

Así lo entiende la STS de 26 de octubre de 2004, Ar. 13, en la que se considera que el plan parcial enjuiciado era contrario a la Ley 22/1988, de 22 de julio, de costas y al reglamento que la desarrolla.

##### c) Obtención de una autorización para la implantación de un hospital privado por silencio administrativo positivo en la Comunidad Autónoma de Valencia

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de diciembre de 2004, Ar. 120, se pronuncia sobre el acto de la Consejería de Sanidad que declara la no procedencia de la certificación solicitada por el recurrente relativa a la obtención por silencio administrativo de la autorización de la implantación del hospital privado. El silencio se produce en aplicación del Decreto 166/1994, de 19 de agosto, de la Generalitat Valencia, que fija en tres meses el plazo para resolver los procedimientos de autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, que considera este tipo de silencio como positivo. También se produce porque se cumplían los requisitos establecidos en la LRJ-PAC: el plazo máximo de tres meses establecido para resolver y notificar había vencido y no se había dictado resolución expresa. El vencimiento del plazo se había producido incluso aunque se computase el tiempo que transcurrió para la realización del trámite de aportación de la documentación complementaria requerida al amparo del art. 42.5.a) de la LRJ-PAC.

Por otro lado, la certificación del silencio positivo se solicitó exclusivamente a efectos de prueba, dado que, tras la modificación de la LRJ-PAC por Ley 4/1999, de 13 de enero, la certificación ha dejado de ser condición de eficacia del silencio y ha pasado a ser un simple medio de prueba del mismo.

##### d) No caben resoluciones tardías contrarias al sentido del silencio positivo

En este sentido la citada STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de diciembre de 2004, recuerda además que cuando se adquiere una derecho, licencia, autorización por silencio administrativo positivo, la resolución fuera de plazo de la Administración sólo puede ser

confirmatoria de ese silencio, de modo que el pronunciamiento contrario a ese silencio administrativo positivo sin acudir a la revisión de oficio constituye motivo de nulidad.

En la misma línea, se encuentra la **STSJ de Canarias de 14 de enero de 2005**, Ar. 132, en la que se enjuicia la denegación de una licencia comercial, que había sido también previamente obtenida por silencio administrativo positivo.

## 6. INVALIDEZ

### **A) Actos prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido: falta de motivación en la aprobación por vía de urgencia de un acuerdo municipal de revisión del planeamiento urbanístico**

Así lo reconoce la **STSJ de Andalucía de 8 de noviembre de 2004**, Ar. 138, en la que impugna la revisión del Plan General de Ordenación Urbana del municipio de Marbella, y que declara la nulidad del acuerdo al no haberse ajustado a los requisitos legales previstos en el art. 48.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986 (Texto Refundido de Régimen Local) para la adopción por vía de urgencia. Concretamente dicho precepto exigía que para poder convocar el pleno ha de mediar un mínimo de cuarenta y ocho horas a no ser que por razones de urgencia pueda convocarse en plazo menor lo cual habrá de motivarse suficientemente. El TSJ considera que en este caso la motivación resulta a todas luces insuficiente para justificar la convocatoria. Por ello se subsume el supuesto en el art. 62.1.e) de la LRJ-PAC y se considera que se ha prescindiendo de un trámite esencial para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. En este sentido se sigue la jurisprudencia del Tribunal Supremo, STS de 26 de octubre de 1998, Ar. 8212, que establece que son reglas esenciales las relativas a convocatoria, composición, quórum y votación de los órganos colegiados.

## 7. ELIMINACIÓN DEL ACTO

### **A) Revisión de oficio**

#### **a) No procede cuando el acto no incurre en nulidad de pleno derecho**

Así se deriva de la **STS de 25 de enero de 2005**, Ar. 1936, en la que se recurre el acuerdo del Consejo de Ministros, por el que se inadmite la revisión de oficio solicitada contra la Resolución del Ministro del Interior que acordó la inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de la denominada “Asociación de Huérfanos de Antiguos Alumnos y Profesores de los Colegios y Academias de la Guardia Civil”, de Sevilla. El Tribunal desestima el recurso porque no aprecia ninguna razón para declarar la nulidad de pleno derecho de dicha resolución, considerando que aunque la misma pudiera ser contraria a derecho, no incurre en ninguna de las causas de nulidad previstas en el art. 62 LRJ-PAC, lo que resul-

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

taría necesario para proceder a la revisión de oficio. Para el Tribunal resulta claro “que al no interponerse contra la Resolución del Ministro del Interior recurso contencioso-administrativo, dentro de plazo, ésta quedó firme –fuera o no ajustada a Derecho, se insiste– y la utilización del excepcional remedio de la revisión administrativa, en vía administrativa, no puede servir, cuando no hay nulidad de pleno derecho de los actos, para reabrir plazos fenecidos, lo que supondría quebrar principios de seguridad jurídica”.

JULIA ORTEGA BERNARDO

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN



## Contratos de las Administraciones Públicas

### Sumario:

**1. Consideración preliminar. 2. Expediente de contratación.** A) Actuaciones preparatorias.

a) Uniones temporales de empresas. Clasificación de contratistas. B) Procedimientos y formas de adjudicación. a) Por la vía de impugnación del resultado del concurso no se pueden impugnar las bases de dicho concurso. b) Una resolución por la que se modifica la calificación requerida al licitador en el anuncio de un concurso, y en consecuencia, amplía el plazo para presentar proposiciones, es un acto de trámite susceptible de impugnación por los partícipes iniciales en la licitación, por causar indefensión. C) Prestación de garantías.

a) Admitido un aval temporal por la Administración contratante, ésta no puede alegar posteriormente que el aval debe ser indefinido hasta la recepción y liquidación del contrato.

**3. Ejecución de los contratos.** A) Riesgo y ventura en la ejecución del contrato. a) El carácter parcialmente flexible del concepto de fuerza mayor con el fin de evitar un enriquecimiento injusto de la Administración. B) Suspensión en la ejecución. a) Cómputo del plazo respecto

del que se puede solicitar una indemnización. C) Recepción de la prestación. a) Recepción tácita. **4. Extinción de los contratos.** A) Por incumplimiento de la Administración. a) Fecha

inicial del plazo para realizar la prestación. b) Ante la concurrencia de circunstancias sobreenvidas imputables a la Administración. B) De mutuo acuerdo. a) Contenido válido de la resolución por mutuo acuerdo. **5. Contratos administrativos típicos.** A) Contratos de obras.

a) Anticipo a cuenta. b) Resulta improcedente no tramitar una certificación de obra.

### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de diciembre de 2004 a mayo de 2005, por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y los meses de enero a mayo de 2005 en relación con las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

## 2. EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

### A) Actuaciones preparatorias

#### a) Uniones temporales de empresas. Clasificación de contratistas

La STS de 2 de febrero de 2005, FD 5º, Ar. 1650, de acuerdo con la asentada doctrina del Alto Tribunal (entre otras, SSTS de 16 de julio de 1990, Ar. 6597, y de 16 de noviembre de 1993, Ar. 8506, afirma que en el caso de las uniones temporales de empresas, para que concurra el requisito de la clasificación empresarial de todas las empresas partícipes (que se concreta en la exigencia de su incardinación en el ámbito relacionado con el contrato al que opten y clasificación en todos los grupos y subgrupos exigidos en las bases del concurso), basta con que una de las empresas que entra en la Agrupación para optar a la adjudicación, cumpla los requisitos establecidos al efecto en las bases del concurso. En ese caso se entiende que dichos requisitos quedan cumplidos por la Agrupación.

### B) Procedimientos y formas de adjudicación

#### a) Por la vía de impugnación del resultado del concurso no se pueden impugnar las bases de dicho concurso

La STS de 8 de mayo de 2005, FD 3º, Ar. 1784, de acuerdo con la asentada doctrina del Alto Tribunal afirma que “(...) las bases del concurso no impugnadas se convierten en Ley del concurso, y que por la vía de la impugnación del resultado del concurso no se pueden atacar o impugnar las bases o convocatoria del concurso (...)”.

#### b) Una resolución por la que se modifica la calificación requerida al licitador en el anuncio de un concurso, y en consecuencia, amplía el plazo para presentar proposiciones, es un acto de trámite susceptible de impugnación por los partícipes iniciales en la licitación, por causar indefensión

La STS de 16 de diciembre de 2004, FD 4º, Ar. 814, califica de acto de trámite susceptible de impugnación, la resolución por la que se modifica la calificación requerida al licitador en el anuncio de un determinado concurso, y por la que se amplía el plazo para presentar proposiciones. Entiende el Tribunal que se trata de un acto de trámite que causa indefensión en los particulares partícipes iniciales en la licitación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 107 LRJ-PAC.

### C) Prestación de garantías

#### a) Admitido un aval temporal por la Administración contratante, ésta no puede alegar posteriormente que el aval debe ser indefinido hasta la recepción y liquidación del contrato

Como es sabido, el carácter indefinido de los avales o garantías definitivas resulta del su propio alcance, en cuanto responden en los mismos términos que si fuera constituida la fianza por el propio contratista y se refiere al cumplimiento del contrato que se afianza; de ahí que la cancelación del aval quede supeditada a la aprobación de la recepción y liquidación definitiva de las obras, y que en el modelo de aval deba señalar expresamente: “este aval tendrá validez en tanto que la Administración no autorice su cancelación”. Hoy el Reglamento General de Contratación de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, dispone en el artículo 56.b) que “el aval será de duración indefinida, permaneciendo vigente hasta que el órgano a cuya disposición se constituya resuelva expresamente declarar la extinción de la obligación garantizada y la cancelación del aval”. Ahora bien, como señala la **STS de 22 de marzo de 2005**, Ar. 3704, si la Administración contratante admite como válido un aval que expresamente afirmaba su carácter temporal, ha de estar al contenido del mismo, sin que puedan invocarse los preceptos que regulan las condiciones, alcance y forma en que deben prestarse, cuya observancia no fue exigida por la Administración en el momento adecuado, permitiendo que el fiador se comprometiese a menos de lo que la norma le exige. No cabe que la Administración pretenda ahora lograr la efectividad del aval más allá de los términos en que fue prestado. En su momento la Administración debió exigir la prestación en forma o de las consecuencias derivadas de la falta de prestación adecuada (resolución del contrato). Al no haber utilizado en el momento adecuado ninguna de estas dos vías, la Administración debe soportar ahora las consecuencias de su propia actuación.

### 3. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

#### A) Riesgo y ventura en la ejecución del contrato

#### a) El carácter parcialmente flexible del concepto de fuerza mayor con el fin de evitar un enriquecimiento injusto de la Administración

La **STS de 22 de marzo de 2005**, Ar. 3567, reitera la naturaleza de la fuerza mayor como excepción al principio de riesgo y ventura, al considerar que en el supuesto concreto se ha producido un evento atmosférico anormal, imprevisible y ajeno a la obra, que ha dado lugar a unos perjuicios que exceden de los riesgos asumidos por el contratista de acuerdo con el principio de riesgo y ventura. En concreto, considera que concurre dicha fuerza mayor porque se ha producido una inundación catastrófica como consecuencia del desbordamiento de arroyos, concepto en el que no resulta desproporcionado ni supone una interpretación extensiva la inclusión de barrancos, que no son sino quiebras de la tierra producidas por las corrientes de las aguas, por las que discurren éstas, fundamentalmente

con ocasión de abundantes lluvias, que cuando dan lugar a desbordamientos e inundaciones catastróficas se contemplan en la Ley como supuesto de fuerza mayor, en cuanto excede del riesgo que legalmente asume el contratista, que recibe la indemnización correspondiente en consideración al principio de equilibrio financiero.

Frente a esta interpretación “académica”, las SSTS de 28 de marzo de 2005, Ar. 3304, y 15 de marzo de 2005, Ar. 3194, tras reiterar la doctrina jurisprudencial relativa al carácter tasado de los supuestos de fuerza mayor y la interpretación restrictiva de los mismos, señalan, no obstante, que en determinados supuestos el Alto Tribunal realiza una interpretación flexible de los mismos, ampliándolo a otros supuestos (por ejemplo, movimiento de tierras y la no posibilidad de que un estudio geotécnico pudiera prever con total seguridad el movimiento de tierras; lluvias torrenciales, aun sin referencia al desbordamiento de ríos o arroyos), apreciando en el supuesto concreto la concurrencia de un concurso de causas en el hundimiento del terreno (falta de estudios geotécnicos previos al movimiento de tierras, y posterior acuerdo con el contratista para intentar solucionar las grietas del túnel que resulta infructuoso), pues no cabe realizar una interpretación del principio de riesgo y ventura del contratista para eximir de responsabilidad a la Administración ni para imponer al contratista el deber de soportar sin compensación cualquier actuación de la Administración.

## **B) Suspensión en la ejecución**

### **a) Cómputo del plazo respecto del que se puede solicitar una indemnización**

La STS de 3 de febrero de 2005, Ar. 1654, reitera la doctrina que precisa que, acordada por la Administración contratante la suspensión de la ejecución del contrato, el contratista no puede reclamar indemnización por períodos cronológicos anteriores a la suspensión temporal y, aun acordada ésta, no se tiene derecho a percibir esa indemnización hasta transcurridos seis meses. Y el período por el que se solicite la indemnización puede ser superior a un año, puesto que, de conformidad con el entonces vigente artículo 162 del Reglamento de Contratos del Estado que dispone que transcurrido el año desde la suspensión temporal el contratista puede solicitar indemnización o instar la resolución del contrato, el contratista tiene derecho a ser indemnizado aunque haya transcurrido más de un año, tanto más cuanto que en el caso de autos hay que tener en cuenta los principios de buena fe y de protección de la confianza legítima, porque el contratista pudo entender que proseguirían las obras ya que con posterioridad a la suspensión se elaboró un proyecto modificado de las mismas, si bien ese proyecto no se llevó a la práctica.

## **C) Recepción de la prestación**

### **a) Recepción tácita**

La STS de 21 de febrero de 2005, Ar. 2519, constata que en la realidad práctica el acto formal de recepción no se produce, aconteciendo lo que se ha denominado por la juris-

prudencia una recepción tácita. La misma se configura como la adscripción de una obra al uso público sin que por la administración contratante se hubieren manifestado reservas frente al contratista sobre el estado de la obra. Adscripción que se realiza mediante un acto material no documentado formalmente pero que implica una recepción en la que se desplaza a la administración la posesión y los riesgos mientras comienza para el contratista el período de garantía así como la obligación de subsanar y responder de los defectos de que adolezca la obra. En el concreto supuesto, el Tribunal considera que dicha recepción tácita sólo es parcial, puesto que si bien se pone a disposición del público la obra pública, faltaban dos capítulos o fases importantes respecto un Proyecto consistente en la ejecución de obras de infraestructura sanitaria, urbanización, mobiliario urbano y otras para conseguir espacio público entre Puerta Real y el Paso Territorial de Lázaro Camas. Por un lado, el ornamental o jardinería y, por otro, una parte fundamental en un espacio público como es la iluminación mediante la instalación de la correspondiente canalización de energía eléctrica y la subsiguiente implantación de los correspondientes puntos de luz por medio de las farolas destinadas a tal fin.

En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2005, Ar. 261.

### 4. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

#### A) Por incumplimiento de la Administración

##### a) Fecha inicial del plazo para realizar la prestación

La STS de 16 de marzo de 2005, Ar. 3457, reafirma el principio general de que la fecha inicial del cómputo del plazo del incumplimiento contractual se computa desde el momento de adjudicación del concurso, ya que tal circunstancia es la que perfecciona el contrato (salvo que en el Pliego de Cláusulas Administrativas se establezca otra fecha distinta), no pudiendo tomarse en cuenta, por ejemplo, la fecha de ratificación del contrato.

##### b) Ante la concurrencia de circunstancias sobrevenidas imputables a la Administración

La ruptura del equilibrio económico del contrato, por causas que sean imputables a la Administración, justifica la solicitud del contratista de proceder a la resolución del contrato. Así, la STS de 21 de febrero de 2005, Ar. 2970, considera ajustada a Derecho la resolución del contrato de prestación de los servicios de abastecimiento y alcantarillado al haberse producido un impago máximo de las cantidades a recaudar por los conceptos de tasa por la prestación del servicio de alcantarillado y vertido, precio público por suministro de agua y precio público por limpieza de nieve (importe que había de constituir la retribución al adjudicatario por los servicios cuya gestión era objeto de concesión administrativa) por defectos imputables al Ayuntamiento.

**B) De mutuo acuerdo****a) Contenido válido de la resolución por mutuo acuerdo**

Para la STSJ de Madrid de 4 de febrero de 2005, Ar. 234, la resolución de mutuo acuerdo (que incomprensiblemente se admite ante el declarado incumplimiento del contratista) permite incluir entre sus determinaciones, además de la entrega a la Administración de una determinada cantidad en concepto de liquidación del contrato, una cláusula por la que el contratista se compromete a no presentarse a nuevas licitaciones que convoque la Administración contratante en los próximos cinco años. Además, de forma cuestionable, considera igualmente ajustado a Derecho que dicha resolución de mutuo acuerdo incorpore como determinación la posibilidad de recurrir en vía contencioso-administrativa un previo acuerdo municipal que había establecido la valoración de los daños y perjuicios sufridos por la Administración ante el incumplimiento de otro previo y diferente contrato de obras. Y ello porque para el Tribunal, dicha resolución de mutuo acuerdo es

“(…) una suerte de transacción, que en principio no parece prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y que incluso contemplada globalmente beneficia al interés público que defiende el Ayuntamiento, al permitir a éste recibir unas obras y la correspondiente indemnización por incumplimiento del plazo de ejecución por el contratista (...) la imposibilidad de impugnar la valoración de los daños y perjuicios de la que hablamos supondría alterar el Acuerdo alcanzado, que ya hemos dicho que favorece el interés general, alterando sus bases, y por esta razón excepcionalmente no puede estimarse que la posibilidad de impugnar en vía contencioso-administrativa que el Ayuntamiento concede a la recurrente en relación a unos actos firmes y consentidos, como contrapartida a los compromisos que adquiere la empresa constructora, sea contraria a Derecho (...)”.

**5. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS****A) Contratos de obras****a) Anticipo a cuenta**

Frente a la regulación contenida en el Decreto 3854/1970, donde la posibilidad de otorgar un anticipo a cuenta al contratista para la adquisición de maquinaria, instalaciones y medios auxiliares se configura como una decisión potestativa de la Administración contratante, la regulación establecida en el artículo 145.2 de la Ley 13/1995 (actual artículo 145.2 del Texto Refundido) lo configura como un derecho subjetivo del contratista. Por ello, tras su entrada en vigor, como señala la STS de 7 de abril de 2005, Ar. 3521, la remisión por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares simplemente a la regulación del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales de la Contratación Administrativa requiere reinterpretar dicho Pliego, reconociendo el derecho del contratista a obtener dicho anticipo a cuenta.

**b) Resulta improcedente no tramitar una certificación de obra**

Como pone de relieve la STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2005, Ar. 261, la falta de tramitación de una certificación por la Administración contratante amparándose en que las obras seguían sin finalizarse y ordenando a la empresa que cerrara la obra y se retirara de ésta no resulta conforme a derecho. En efecto, si el contratista no cumplió con su obligación esencial de ejecutar la obra en el plazo previsto conforme a lo estipulado en el proyecto y pliego de cláusulas administrativas particulares, la Administración debió proceder a la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, conforme a lo prevenido en el artículo 111.e) y g) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Asimismo, si las obras no se encontraban en estado de ser recibidas, se debió levantar acta señalando el Director de la Obra los defectos observados y detallando las instrucciones precisas fijando un plazo para remediar aquéllos. Si transcurrido dicho plazo el contratista no lo hubiera efectuado, podría concedérsele otro nuevo plazo improrrogable o declarar resuelto el contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 147.2 del referido Real Decreto Legislativo. En consecuencia, la falta de tramitación de la certificación constituye, para el Tribunal, una vía de hecho.

**BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO**  
**JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO**



**VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA****Sumario:**

**1. Administración autonómica.** A) Órganos Consultivos: Consejo de Estado. La introducción de modificaciones sustanciales en un proyecto de reglamento informado previamente por el Consejo de Estado, obliga a someter el texto resultante a un nuevo trámite de informe. **2. Administración Local.** A) Organización municipal. a) En la adjudicación de un servicio público, la propuesta de una Comisión Informativa no puede sustituir a la de la Mesa de Contratación. b) Pérdida de la condición de miembro de un partido político por expulsión del mismo y ejercicio del derecho como miembro no adscrito a un partido político. B) Régimen de funcionamiento de las Entidades Locales. Los gastos derivados de la ejecución de presupuestos municipales deben ser efectivos y han de justificarse documentalmente. C) Impugnación de actos y acuerdos de las corporaciones locales. Los concejales no pueden impugnar los acuerdos municipales cuando no hayan hecho constar formalmente su oposición mediante la expresión del voto en contra. **3. Colegios profesionales y profesiones tituladas.** A) La falta de convocatoria de miembros de una Asamblea Colegial a la misma e impedir su entrada a la sesión determina su nulidad. B) Las actividades profesionales reguladas en un Estatuto Colegial no pueden vulnerar la Ley. C) La aprobación de los Estatutos de los Colegios debe seguir el procedimiento de la Ley de Colegios Profesionales. **4. Universidades.** A) Autonomía universitaria. Creación de la Universidad de Elche.

**1. ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA**

**A) Órganos Consultivos: Consejo de Estado. La introducción de modificaciones sustanciales en un proyecto de reglamento informado previamente por el Consejo de Estado, obliga a someter el texto resultante a un nuevo trámite de informe**

La STSJ de Extremadura núm. 375/2005, de 26 de abril, Ar. 113785, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Administración General del Estado y los

Ayuntamientos de Badajoz, Cáceres y Mérida, contra el Decreto 74/2002, de 11 de junio, de la Consejería de Presidencia de la Junta de Extremadura, por el que se aprueban las normas-marco de los Policías Locales de Extremadura. La Sala de lo Contencioso-Administrativo entiende que el Decreto es nulo ya que carece del informe preceptivo del Consejo de Estado, al producirse una alteración relevante entre el proyecto que se sometió inicialmente a dictamen y el definitivamente aprobado. La sentencia considera que, si no se quiere dejar reducido tal informe a un mero formalismo, se precisa un nuevo informe que valore las modificaciones sustanciales introducidas por el Consejo de Gobierno. Citando diversas sentencias del Tribunal Supremo, la Sala recuerda que, en la elaboración de normas reglamentarias, el dictamen del Consejo de Estado resulta preceptivo ya que constituye una garantía preventiva de la legalidad de la norma que se está elaborando, al buscar, en lo posible, la adecuación a Derecho del ejercicio de la potestad reglamentaria. También se produce la valoración de la oportunidad y conveniencia de la norma y el control sobre la autoridad consultante, que debe servir con objetividad los intereses generales.

## 2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

### A) Organización municipal

#### a) En la adjudicación de un servicio público, la propuesta de una Comisión Informativa no puede sustituir a la de la Mesa de Contratación

La STS de 16 de diciembre de 2004, Ar. 882, desestima el recurso interpuesto contra la Sentencia del Tribunal de Instancia relativo a un Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Callosa de Segura sobre adjudicaciones del Servicio de Agua y Alcantarillado.

En su Sentencia el Tribunal de Instancia anuló los acuerdos de adjudicación del Servicio de Aguas y Alcantarillado por haberse adoptado sin informe técnico de ningún tipo. Es por ello que el TS confirma los argumentos anteriores y niega que la Administración haya utilizado el mecanismo de la discrecionalidad técnica para resolver el concurso al haberse resuelto éste con criterios puramente políticos de mayorías/minorías lo que no es admisible en el campo de la contratación administrativa.

En este sentido, la Sala afirma que la mesa de licitación tiene la facultad de decidir sobre la admisión o no de las propuestas presentadas valorando los informes previos que haya recibido como estime más ajustado a derecho, informes a emitir por servicios técnicos que estudien y valoren las diferentes proposiciones licitantes, pero no los de un órgano municipal de consulta en aquellas decisiones que han de ser sometidas al Pleno.

Asimismo, la Sala señala que corresponde a la mesa de contratación efectuar la propuesta al órgano de contratación, obligación que la Corporación no cumplió ya que la propuesta de adjudicación elevada al órgano de contratación, bajo la denominación de Dictamen, la realizó la Comisión Informativa de Hacienda.

## VI. Organización Administrativa

### **b) Pérdida de la condición de miembro de un partido político por expulsión del mismo y ejercicio del derecho como miembro no adscrito a un partido político**

La STSJ de Castilla y León núm. 421/2005, de 17 de marzo, Ar. 207, estima el recurso de apelación interpuesto y revoca la Sentencia apelada que había estimado un recurso contencioso-administrativo entablado por un miembro del Grupo Político del Partido Socialista Obrero Español de la Diputación Provincial de León, contra la decisión del portavoz de su Partido por la que se le comunicaba que dejaba de pertenecer al Grupo Socialista de la Corporación Provincial, lo cual a su juicio vulneraba su derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos (artículo 23.2 CE).

El TSJ considera que dicha Sentencia había incurrido en una contradicción al estimar que la expulsión de un miembro de un grupo político vulneraba el artículo 23.2 CE por pasar éste a la condición de miembro no adscrito. A juicio de la Sala en la medida que no quedan mermados sus derechos y facultades porque puede seguir ostentando los mismos que le correspondían cuando se hallaba integrado en un grupo político, no se ha lesionado el derecho fundamental del recurrente para ejercer funciones públicas en condiciones de igualdad, ya que nada le impide hacerlo desde su nueva condición de miembro no adscrito.

### **B) Régimen de funcionamiento de las Entidades Locales. Los gastos derivados de la ejecución de presupuestos municipales deben ser efectivos y han de justificarse documentalmente**

La STSJ de Castilla y León núm. 358/2005, de 11 de marzo, Ar. 111472, estima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la Base 17ª de las Bases de ejecución de presupuestos, aprobadas por el Pleno del Ayuntamiento de Cármenes (León) en su sesión del 2 de marzo de 2002. La base impugnada, relativa a los gastos de representación de la alcaldía, infringe las exigencias previstas en los artículos 75.4 de la Ley de Bases de Régimen Local y 13 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, al no condicionar el pago de una indemnización por gastos a la efectividad de los mismos y a su justificación documental.

### **C) Impugnación de actos y acuerdos de las corporaciones locales. Los concejales no pueden impugnar los acuerdos municipales cuando no hayan hecho constar formalmente su oposición mediante la expresión del voto en contra**

La STSJ de Castilla-La Mancha núm. 149/2005, de 11 de abril, Ar. 102838, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Grupo Municipal Socialista contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Tomelloso (Ciudad Real), de 13 de septiembre de 2001, que inadmitió el recurso de reposición entablado por el citado Grupo Municipal contra los Acuerdos del Pleno de 20 de julio de 2001, por falta de legitimación activa de los recurrentes. De acuerdo con los artículos 63.1.b) de la Ley de Bases de Régimen Local y 209.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales, los actores carecen de legitimación activa y capacidad de obrar procedimental para recurrir los Acuerdos del Pleno, en tanto estos concejales se ausentaron voluntariamente de la sesión para no tener que votar los acuerdos cuya impugnación pretendían. Fuera de los cauces legales, "admitir que cualquier acto de la Administración pudiera ser impugnado, supondría tanto como extender el control político propio del juego de las diferentes op-

ciones presente en la corporación al campo de lo jurídico, con menoscabo del principio de seguridad jurídica, de una parte, expresable en la confianza legítima de los administrados afectados por la actuación de los órganos municipales y con menoscabo también del principio de eficacia que debe servir toda Administración pública”.

### 3. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

#### **A) La falta de convocatoria de miembros de una Asamblea Colegial a la misma e impedir su entrada a la sesión determina su nulidad**

La STS de 2 de febrero de 2005, Ar. 1102, estima el recurso de casación interpuesto contra Resolución de la Asamblea General del Consejo General de Colegios de Diplomados en Enfermería sobre la incoación de un expediente disciplinario y suspensión preventiva de funciones decretado contra determinados miembros de este colectivo.

Los actores impugnan la validez del acuerdo del Consejo General de Colegios de Diplomados en Enfermería, entre otros motivos, por la falta de convocatoria del Presidente del Colegio de Valencia a la Asamblea de la Organización General (al que pertenecen los miembros de la Junta de Gobierno expedientados) y por no permitir la asistencia del mismo.

En este sentido, señala el TS que impedir el acceso de un miembro de derecho como en el caso que nos ocupa, implica la anulación de lo acordado, en cuanto supone la privación del derecho a participar en los debates, emitiendo su voto y violando las reglas esenciales para la formación de voluntad de los órganos colegiados.

#### **B) Las actividades profesionales reguladas en un Estatuto Colegial no pueden vulnerar la Ley**

La STS de 18 de noviembre de 2004, Ar. 566, estima el recurso interpuesto por el Colegio de Ingenieros de Minas contra el Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto del Colegio de Geólogos que regula las funciones que pueden desarrollar los Geólogos en su actividad profesional.

El motivo de la impugnación es que a juicio del Colegio de Ingenieros de Minas las citadas actividades y funciones constituyen atribuciones y competencias que los titulados de Minas tienen reservadas en virtud del artículo 117 de la Ley de Minas, lo que es confirmado por el TS en su Sentencia.

#### **C) La aprobación de los Estatutos de los Colegios debe seguir el procedimiento de la Ley de Colegios Profesionales**

La STS de 17 de noviembre de 2004, Ar. 441, desestima el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Instancia relativa a la aprobación del Estatuto General de Procuradores de España.

## VI. Organización Administrativa

En dicha Sentencia el TS analiza la naturaleza jurídica de los estatutos de los colegios profesionales señalando que no tienen rango de Ley, lo que no significa *per se* que no puedan ordenar la profesión con carácter general.

Por otro lado, se analiza también en esta Sentencia el procedimiento que se debe seguir en la elaboración de los estatutos colegiales, que no es el regulado con carácter general para las disposiciones de la Administración del Estado, sino que dicho procedimiento debe ser regulado en la propia Ley reguladora de los Colegios, que en este caso establece como única exigencia que en la elaboración del estatuto sean oídos los Colegios. Este trámite de audiencia tiene como finalidad, no sólo garantizar la legalidad de la norma, sino también asegurar la participación de todos los colegios territoriales en la decisión que se adopte, al ser un supuesto de participación funcional de los colegios en la actividad normativa de los consejos generales, lo que debe considerarse como una derivación del mandato constitucional que exige que el funcionamiento interno de las organizaciones colegiales sea democrático.

### 4. UNIVERSIDADES

#### A) Autonomía universitaria. Creación de la Universidad de Elche

La **STC 47/2005, de 3 de marzo, RTC 2005/47**, desestima el recurso de inconstitucionalidad promovido por 119 Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, en relación con el artículo 3 y el Anexo II y, por conexión con la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 2/1996, de 27 de diciembre, de la Generalidad Valenciana, por la que se crea la Universidad de Miguel Hernández de Elche y se adscriben centros y enseñanzas de la Universidad de Alicante a la nueva Universidad.

Los motivos alegados por los recurrentes no son aceptados por el TC debido a que el contenido de la autonomía universitaria no integra la determinación de la estructura básica organizativa universitaria, sino que ésta constituye el presupuesto orgánico necesario que identifica y define el sujeto al que se garantiza el funcionamiento autónomo. En el Derecho vigente, la existencia y la estructura básica inicial de la universidad pública descansan sobre un acto jurídico-público que se adopta en forma de Ley y que puede ser modificado o sustituido por otro de contrario imperio, adoptado en la misma forma, que altere aquella estructura, sin que por ello se vea afectada la autonomía universitaria. El artículo 27.10 de la CE no garantiza frente al Estado o la Comunidad Autónoma el mantenimiento intacto de una determinada estructura organizativa básica universitaria, salvo lo previsto para la creación, modificación y supresión de departamentos, que corresponde a la universidad respectiva.

PEDRO ANTONIO MARTÍN PÉREZ

JESÚS DEL OLMO ALONSO

LUIS CESTEROS DAPENA

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN



**VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR****Sumario:**

**1. Concepto de sanción.** A) Actos que constituyen sanción. B) Actos que no constituyen sanción. **2. Reserva de ley y tipicidad. Insuficiente cobertura legal del régimen sancionador de los reglamentos de las denominaciones de origen.** **3. Antijuridicidad. La utilización de un derecho constitucional no puede nunca ser objeto de sanción.**

**4. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.** A) Extensión del deber de diligencia que se aproxima a una responsabilidad objetiva. B) Negligencia levisima insuficiente para establecer la imputación objetiva del resultado. C) Interpretación razonable de la norma que excluye la culpabilidad. D) Inexistencia de culpabilidad por falta de una jurisprudencia pacífica sobre la materia. E) Un error de derecho que, aun vencible, exime de culpa. **5. Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: non bis in idem.**

A) El fundamento constitucional del non bis in idem es la necesidad de satisfacer el principio de tipicidad. B) No vulnera el non bis in idem que, en materia de tráfico, la Comunidad Autónoma sea competente para imponer la sanción principal de multa y la Administración del Estado para acordar la sanción accesoria de retirada del permiso de conducir por la misma infracción. C) Se admite la posibilidad de un doble procedimiento disciplinario militar sucesivo por los mismos hechos. **6. Procedimiento administrativo sancionador.** A) Legitimación del denunciante y su alcance limitado.

B) La vulneración del principio de contradicción en vía administrativa no puede subsanarse en la posterior vía judicial. C) Derecho a ser informado de la acusación: diversidad de posiciones jurisprudenciales sobre su alcance. D) Trámite de audiencia y vista: no poner de manifiesto al imputado los documentos de comprobación e investigación que fundamentan la sanción tributaria origina su nulidad. E) Que el resolutor inste al instructor a que cambie el sentido de su propuesta no vulnera la garantía de separación entre las fases de instrucción y resolución en el procedimiento disciplinario. **7. En espe-**

**cial, prueba y presunción de inocencia.** A) Contenido esencial del derecho a la prueba. B) La presunción de inocencia es un derecho que asiste sólo al acusado y que no puede ser invocado por la Administración sancionadora (presunción de inocencia invertida). C) La presunción de inocencia sólo actúa en el ámbito de los hechos. D) La admisión de la prueba indiciaria no vulnera la presunción de inocencia. E) Valor probatorio de las actas de inspección y otros documentos administrativos. F) La carga de la prueba de las circunstancias que excluyen la culpabilidad pesa sobre quien las alega. G) La carga de la prueba también recae sobre la Administración si la conducta constitutiva de la infracción entraña una omisión. **8. Resolución sancionadora. Que conste firmada en un lugar equivocado no invalida la sanción siempre que pertenezca al territorio que sea competencia del órgano sancionador.** **9. Caducidad del procedimiento administrativo sancionador. La ampliación del plazo de duración del procedimiento no tiene que notificarse dentro del plazo inicial.** **10. Extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad e individualización de las sanciones. Toma en consideración de todas las circunstancias concurrentes.** **11. Extinción de la responsabilidad por prescripción.** A) Aplicación *in peius* del régimen de prescripción derivado de la jurisprudencia existente en el momento de iniciar el procedimiento administrativo sancionador. B) Prescripción de las infracciones con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992. C) Prescripción de las infracciones tributarias. **12. Control jurisdiccional de la potestad sancionadora.** A) Se impone a la Administración que investigue las presuntas infracciones denunciadas. B) Posibilidad de sustituir o modular la sanción.

## 1. CONCEPTO DE SANCIÓN

### A) Actos que constituyen sanción

– La resolución administrativa que, a causa de un incumplimiento de la normativa sobre composición del aceite, retira a una empresa dedicada al envasado de aceite la autorización para recibir subvenciones por dicha actividad durante un período de un año y le impone la obligación de devolver una cantidad de dinero que suponía el doble de la media mensual de la ayuda recibida durante los últimos doce meses (STS de 4 de marzo de 2005, Sección Cuarta, Ar. 1779).

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

– La suspensión temporal de una licencia de actividad y el cierre del establecimiento por el incumplimiento de las condiciones de la licencia (STC 126/2005, de 23 de mayo, recurso de amparo). Esta doctrina constitucional se separa de la jurisprudencia del TS de la que damos cuenta inmediatamente, que nos parece más acertada y que mantiene la naturaleza no sancionadora de esas consecuencias jurídicas del incumplimiento de las condiciones de la licencia.

### B) Actos que no constituyen sanción

– La declaración de la situación de incompatibilidad del titular de una licencia municipal de taxi. Así lo reiteran, siguiendo la jurisprudencia de la que ya hemos dado cuenta en números anteriores, numerosas sentencias en el período analizado. Entre ellas, destacamos la STS de 16 de diciembre de 2004, Sección Cuarta, Ar. 976 de 2005, por su argumentación:

“no todo acto administrativo de contenido o consecuencias desfavorables para los particulares puede considerarse que constituya una sanción, sino que existen otros supuestos distintos de restricción de su esfera jurídica, como es el de la licencia municipal que crea una relación estable y bilateral entre el autorizado y la Administración otorgante, que se otorga sometida al cumplimiento de determinadas condiciones, procediendo a revocarla si no siguen cumpliéndose aquellos requisitos, y el consecuente acto de revocación no tiene la naturaleza de sanción administrativa.

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional 181/1990, de 15 de noviembre, aunque trazar una línea divisoria entre la simple revocación de una licencia o la aplicación de una revocación-sanción puede resultar difícil, en tanto la revocación de una licencia (al igual que su no otorgamiento) se base en el incumplimiento de los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para el desarrollo de la actividad pretendida, no cabe afirmar que se esté ante una medida sancionadora, sino de simple aplicación del ordenamiento por parte de la Administración competente.

Resulta especialmente significativa, a estos efectos, la distinción entre autorizaciones por operación y autorizaciones de funcionamiento que, como en la que corresponde al servicio impropio del taxi, se refieren al desarrollo de una actividad. Éstas responden al esquema de los actos-condición y son, pues, títulos jurídicos que colocan al autorizado en una situación objetiva, definida abstractamente por las normas aplicables constitutivas de un status complejo.

La revocación del título administrativo habilitante aparece, en consecuencia, como una condición resolutoria incorporada al mismo; de tal manera que, en caso de verificarse el presupuesto de la condición consistente en el incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del sujeto titular de la autorización, sobreviene la consecuencia jurídica de la extinción del acto administrativo por el que se otorgó el título”.

– La resolución por la que se decreta la pérdida de la condición de Policía, por haber sido sancionado como autor de un delito de prevaricación a la pena de un año de inhabilitación especial para el desempeño de la profesión de Policía. Insiste la **STS de 29 de junio de 2004**, Sección Séptima, Ar. 1044, en que “la pena de inhabilitación especial actúa, respecto a la subsistencia de la relación funcional, a modo de condición resolutoria que opera automáticamente tan pronto como se produce el hecho determinante previsto en la Ley, que es la imposición de la sanción penal”. Y concluye: “la resolución impugnada en la instancia no tiene carácter sancionador, sino que responde al ejercicio de facultades administrativas en materia de personal”.

– La exigencia a las empresas comercializadoras de gas natural de la prestación de una fianza para el acceso a las instalaciones gasistas de terceros o su ejecución en caso de una infrautilización continuada de la capacidad reservada (**STS de 7 de febrero de 2005**, Sección Tercera, Ar. 1132).

– El requerimiento hecho al sancionado para que abone las cantidades debidas como perjuicios económicos causados a la Administración por los mismos hechos calificados como infracción –farmacéutico que es sancionado por haber facturado al Servicio Catalán de Salud más productos de los realmente entregados a los destinatarios finales– (**STSJ de Cataluña de 16 de diciembre de 2004**, Ar. 187 de 2005).

## **2. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD. INSUFICIENTE COBERTURA LEGAL DEL RÉGIMEN SANCIONADOR DE LOS REGLAMENTOS DE LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN**

La **STC 172/2005**, de 20 de junio, reitera esta doctrina de la que ya hemos dado cuenta en crónicas anteriores.

## **3. ANTIJURIDICIDAD. LA UTILIZACIÓN DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL NO PUEDE NUNCA SER OBJETO DE SANCIÓN**

Así lo afirma expresamente la **STC 124/2005**, de 23 de mayo, recurso de amparo: “Por ello, si el poder público prescinde de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental y se incluyen entre los supuestos sancionables conductas que inequívocamente han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo de ejercicio del mismo, se vulnera este derecho, pues aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de una infracción”.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### 4. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

#### A) Extensión del deber de diligencia que se aproxima a una responsabilidad objetiva

La autopsia practicada al trabajador Pedro Jesús, fallecido en accidente laboral por caída al vacío desde un andamio, reveló una concentración de 2,6 gramos de alcohol étlico por litro de sangre. A pesar de este dato, señala la STSJ de Madrid de 17 de junio de 2004, Ar. 28 de 2005, que “la deuda de seguridad de la empresa con los trabajadores le obligaba a impedir, si ello fuera necesario, la actividad laboral de quienes, como en el caso del fallecido, no se encontraban en condiciones adecuadas para realizar su trabajo incluso a través del ejercicio de la actividad disciplinaria”. Añade, remitiéndose a jurisprudencia anterior, que “no resulta de todo ello una responsabilidad objetiva, sino que se trata de una culpa in vigilando, que determina la exigencia a la empresa de una continua y objetiva vigilancia y control del cumplimiento de las normas de seguridad en el trabajo”. Razona la sentencia, finalmente, que de la legislación vigente “se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado, y prácticamente, ilimitado”.

#### B) Negligencia levisima insuficiente para establecer la imputación objetiva del resultado

Un Guardia Civil es sancionado por “abandono de servicio cuando no constituya delito”. Los hechos probados son los siguientes:

– El día anterior a la actuación sancionada, el Guardia Civil consultó la hoja de previsión de servicios establecida para el día siguiente, y en ella constaba que el servicio que tenía asignado debía ser prestado desde las 14 hasta las 20 horas.

– Los servicios de esa clase tenían habitualmente uno de estos dos horarios: de las 14 a las 20 horas o de las 16 a las 22 horas.

– En la papeleta de servicio sí constaba que éste debía prestarse desde las 14 hasta las 22 horas, pero que, a causa de no leerla, bien por descuido, bien por rutina, el Guardia Civil dio por terminado el servicio a las 20 horas.

– Nadie comunicó al recurrente, ni antes de comenzar el servicio, ni durante su prestación, que la hora de terminación había sido prolongada en dos horas.

Sobre esta base fáctica, la STS de 28 de enero de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 1636, “no comparte, discrepando en ello del Tribunal de instancia, que la creencia errónea del guardia civil fuera invencible, ya que el deber de leer la papeleta de servicio dificulta esa calificación: la lectura de la papeleta le hubiera suscitado la duda, que hubiera podido disipar llamando a su Unidad, de cuál era el horario correcto: el que constaba en la papeleta (de 14,00 horas a 22,00 horas) o el que 18 horas antes del comienzo del servicio figuraba en la hoja de previsión de servicios (de 14,00 horas a 20,00 horas).” Por tanto, en el ámbito de la causalidad no cabe desconocer que entre la negligencia del recurrente y la terminación del servicio antes de su hora existe una relación causal. No obstante, el

hecho de que, tal y como establecen las normas internas de la Guardia Civil, no se comunicara expresamente al sancionado ese cambio de horario, origina que no fuera previsible que en la papeleta constara como hora de terminación las 22,00. “Y al no ser previsible, la entidad de la negligencia cometida por el guardia civil al no leer la papeleta de servicio fue levísima”, por lo que, concluye la Sala, que “tal relación causal es insuficiente para establecer la imputación objetiva del resultado, dada la existencia de otro incumplimiento, éste de la Administración”.

### **C) Interpretación razonable de la norma que excluye la culpabilidad**

La Administración sanciona a unos contribuyentes pues “nunca debieron deducir el porcentaje extraordinario del 15 por 100 de los rendimientos porque no justificaron que el Sr. Redondo Jiménez precisara de otra persona para realizar sus desplazamientos al lugar de trabajo y tampoco podían acogerse a la exención del artículo 9.1.e) de la Ley del IRPF porque no acreditaron el origen de la situación de invalidez permanente que le fue reconocida, de lo que deduce que, intencionadamente, los recurrentes pretendieron acogerse a una serie de beneficios fiscales no previstos para su situación personal y jurídica”. La **STC 164/2005, de 20 de junio**, concede el amparo, pues considera que “se impone la sanción por el mero hecho de no ingresar, pero sin acreditar la existencia de un mínimo de culpabilidad y de ánimo defraudatorio (...) pese a tratarse de un supuesto razonablemente problemático en su interpretación. En efecto, no se puede por el mero resultado y mediante razonamientos apodícticos sancionar, siendo imprescindible una motivación específica en torno a la culpabilidad o negligencia y las pruebas de las que ésta se infiere”.

### **D) Inexistencia de culpabilidad por falta de una jurisprudencia pacífica sobre la materia**

El Tribunal de Defensa de la Competencia sanciona al Consejo General de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria por una práctica prohibida consistente en recomendar la adopción de medidas cautelares para que ningún API pueda contratar sus servicios con persona alguna (física o jurídica) cuya actividad u objeto social fuera el de prestación de servicios a terceros, con carácter profesional, de cualquiera de las funciones propias de los API. La **STS de 9 de marzo de 2005**, Sección Tercera, Ar. 1696, entiende que se ha vulnerado el principio de culpabilidad, pues “en el momento en que se dicta el Acuerdo por el Consejo General, (...) no había una doctrina jurisprudencial uniforme, pacífica, inequívoca y manifiestamente clara y concordante en sede constitucional y en sede de los tribunales ordinarios acerca de la legitimidad de las atribuciones de los Colegios Profesionales (de API) para emprender acciones para evitar el intrusismo profesional promoviendo las acciones civiles, penales y disciplinarias adecuadas para su salvaguarda, o, por si al contrario, dichas conductas eran contrarias al derecho de libre establecimiento y al derecho al ejercicio libre de la profesión de gestor inmobiliario”.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### E) Un error de derecho que, aun vencible, exime de culpa

Así parece desprenderse de la STSJ de Cataluña de 22 de noviembre de 2004, Ar. 113 de 2005, que exonera de responsabilidad a una empresa acogida al régimen especial del recargo de equivalencia en materia de IVA, sancionada por no haber comunicado a la Agencia Estatal de Administración Tributaria la no consignación del recargo de equivalencia en las correspondientes facturas. La sentencia considera probado el desconocimiento, por parte de la sancionada, de la norma que imponía dicho deber de comunicación. Sin entrar en más consideraciones, y a pesar de que no concurren elementos que permitieran considerar al error como invencible, la sentencia concluye que “en tales circunstancias hay que entender concurrente un error de derecho (error de prohibición) que (...) exonera de una responsabilidad que en todo caso ha de ser subjetiva y nunca objetiva”.

### 5. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*

#### A) El fundamento constitucional del *non bis in idem* es la necesidad de satisfacer el principio de tipicidad

La STSJ de Madrid de 17 de junio de 2004, Ar. 28 de 2005, señala, recogiendo la doctrina de la STC 177/1999, que el fundamento constitucional del principio *non bis in idem* consiste en que “si la exigencia de *lex previa* y *lex certa* que impone el artículo 25.1 de la Constitución obedece (...) a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción”.

#### B) No vulnera el *non bis in idem* que, en materia de tráfico, la Comunidad Autónoma sea competente para imponer la sanción principal de multa y la Administración del Estado para acordar la sanción accesoria de retirada del permiso de conducir por la misma infracción

En virtud de la normativa vigente, la Generalidad de Cataluña tiene la facultad de instruir los expedientes sancionadores en materia de tráfico, imponer la multa y ejecutarla; en tanto que la Administración del Estado es competente para imponer, cuando así esté previsto, la sanción accesoria de suspensión del permiso de conducir por la misma infracción. La STS de 18 de marzo de 2004, Sección Sexta, Ar. 2129 de 2005, reitera la doctrina del ATC de 26 de febrero de 2002, según la cual este reparto de competencias no vulnera el principio constitucional *non bis in idem*. No se infringe su vertiente material (que prohíbe la doble sanción por la misma infracción) porque “el tipo único sancionador, si bien de carácter complejo, que opera en los supuestos de falta graves y muy graves (...) en ningún caso supone, como consecuencia del reparto competencial que establece el precepto legal cuestionado, una dualidad de reproches o el doble resultado afflictivo por unos mismos hechos proscritos por el principio *non bis in idem*”. No se infringe su vertiente procedimental (que prohíbe el doble procedimiento punitivo simultáneo por la misma infracción) porque “no supone la incoación de un doble procedimiento administrativo sancionador por unos mismos hechos. Es a la Comunidad Autónoma, (...) a la que le corresponde la incoación y resolución

del procedimiento administrativo sancionador y, una vez impuesta la sanción de multa y si pudiera proceder, en su caso, la suspensión del permiso o licencia de conducción, remite el expediente administrativo a la Administración del Estado únicamente a los efectos de que pueda acordar dicha suspensión, sin que la Administración del Estado pueda entrar a revisar los hechos declarados probados en el expediente administrativo sancionador, ni la calificación jurídica de la infracción, que compete a la Generalidad de Cataluña. De modo que, ni se produce, en rigor, la incoación de dos procedimientos administrativos sancionadores, sino la remisión del expediente incoado a la Administración del Estado a los solos efectos de decidir, en su caso, sobre la suspensión del permiso o licencia de conducción, ni pueden, en consecuencia, recaer pronunciamientos de signo contradictorios de una y otra Administración sobre los hechos ni sobre su calificación jurídica”.

### **C) Se admite la posibilidad de un doble procedimiento disciplinario militar sucesivo por los mismos hechos**

El artículo 37 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil permite a la autoridad disciplinaria superior incoar un nuevo procedimiento para castigar un hecho ya sancionado si aprecia que puede constituir una infracción más grave. Según la **STS de 13 de enero de 2005**, Sala de lo Militar, Ar. 1613, esta facultad extraordinaria no vulnera la vertiente material del *non bis in idem* (la doble sanción por la misma infracción) porque el legislador dispone para evitarlo que se abone la sanción ya cumplida, pero “roza el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos y (...) afecta a la seguridad jurídica, puesto que su objeto es una resolución sancionadora que puede estar ejecutada e incluso ser administrativamente firme”, por lo que los requisitos para su aplicación han de ser objeto de una interpretación muy estricta. En el mismo sentido, **STS de 14 de enero de 2005**, Sala de lo Militar, Ar. 1614.

## **6. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

### **A) Legitimación del denunciante y su alcance limitado**

La Agencia de Protección de Datos archiva una denuncia sobre presuntas irregularidades en el uso de unos datos personales por parte del Banco Santander Central Hispano. El archivo es recurrido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que declara inadmisibile el recurso “por falta de legitimación activa de los aquí demandantes y denunciante de los hechos (...) y ello porque la situación jurídica de los denunciante-recurientes no experimenta ventaja alguna por el hecho de que se sancione a la Entidad Bancaria denunciada, único pronunciamiento que cabría pretender de la Agencia de Protección de Datos”. La **STS de 28 de diciembre de 2004**, Sección Sexta, Ar. 1121, admite que ésta es la doctrina jurisprudencial general, pero advierte que el artículo 17 de la LORTAD contiene una excepción a dicha regla:

“1. Las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente Ley pueden ser objeto de reclamación por los afectados ante la Agencia de Protección de Datos (...).

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

2. Contra las resoluciones de la Agencia de Protección de Datos procederá recurso contencioso-administrativo.”

No obstante, la Sala concluye que “en modo alguno puede un denunciante –por más que sea un denunciante cualificado, como aquí ocurre– predeterminar –como parece pretenderlo en la vía administrativa y luego ha continuado haciendo en escritos posteriores–, la sanción que ha de imponerse, ni siquiera si hubo o no, efectivamente infracción, que (...) son todas ellas cuestiones sobre las que, con sujeción plena a la Ley y al derecho, pero sin renunciar a su libertad estimativa, corresponde pronunciarse a la Agencia de Protección de Datos y, posteriormente, en su caso, al orden judicial”. En definitiva, se refuerza la posición del denunciante pero sin llegar a configurarlo como un verdadero interesado.

### **B) La vulneración del principio de contradicción en vía administrativa no puede subsanarse en la posterior vía judicial**

Lo afirma la STC 126/2005, de 23 de mayo, recurso de amparo, pues:

“de otro modo, no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que garantice los principios esenciales reflejados en el artículo 24.2 CE”.

### **C) Derecho a ser informado de la acusación: diversidad de posiciones jurisprudenciales sobre su alcance**

– La falta grave del artículo 76.18 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias es una norma sancionadora en blanco (“el incumplimiento de la normativa sobre prevención de incendios en los establecimientos turísticos”) que se remite al Decreto 305/1996, de 23 de diciembre, sobre medidas de seguridad y protección contra incendios en establecimientos turísticos. La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 18 de febrero de 2005, Ar. 180, entiende irrelevante que en el procedimiento administrativo sancionador no se indicaran qué artículos de la norma reglamentaria habían sido concretamente infringidos, ya que queda acreditado que la sancionada “a pesar de no haberse consignado en el Acta de inspección, ni en los actos relevantes del expediente sancionador los preceptos concretos del Decreto 305/1996 que habían sido violados por aquélla (...), era sabedora de (...) lo que se le imputaba”. Parece así que se separa esta sentencia de la línea jurisprudencial de la que dimos cuenta en JA, núm. 24, VII.9.B), que establecía que en las normas sancionadoras en blanco no bastaba con identificar el precepto legal que tipificaba la conducta, sino que también había que hacerlo de la norma que integraba dicha conducta. Sin embargo, en el presente caso se exige además una indefensión material.

– Por el contrario, mucho más exigente con respecto al alcance de este derecho se muestra la STS de 20 de septiembre de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 1113: “del examen del expediente no se deduce cuál ha sido el hecho imputado ya que únicamente se dice en la resolución sancionadora ‘llegó tarde’, sin que se contenga ninguna otra referencia, a no ser la reseña que se hace del parte inicial, que sorprendentemente no se ha unido al Expediente, de forma que (...) no es posible inferir de lo actuado a qué acto llegó tarde

el suboficial expedientado, ni la fecha en que se cometió la eventual infracción, en qué circunstancias ni quién observó la misma”. Lo que lleva a la Sala a anular la sanción, sin entrar a valorar si el infractor era sabedor de la impuntualidad que se le imputaba y, más aun, si es cierto lo que afirma el Abogado del Estado, habiendo reconocido esa impuntualidad el sancionado en el expediente administrativo. En conclusión, a diferencia de la sentencia anterior, parece bastar la indefensión formal.

**D) Trámite de audiencia y vista: no poner de manifiesto al imputado los documentos de comprobación e investigación que fundamentan la sanción tributaria origina su nulidad**

Lo afirma la STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de octubre de 2004, Ar. 252 de 2005: “al no ponerse de manifiesto al reclamante el expediente administrativo en el que se deben contener los antecedentes necesarios para ver si la liquidación está bien hecha, se deja al contribuyente en absoluta indefensión, lo que vulnera las garantías generales del mismo”.

**E) Que el resolutor inste al instructor a que cambie el sentido de su propuesta no vulnera la garantía de separación entre las fases de instrucción y resolución en el procedimiento disciplinario**

La STS de 20 de diciembre de 2004, Sección Séptima, Ar. 979 de 2005, concluye que no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías el que “la Comisión Disciplinaria (del Consejo del Poder Judicial) instara a la Instructora del expediente a formular el pliego de cargos en un determinado sentido, distinto del que tenía la propuesta por ella formulada, que era de archivo”, porque “las garantías que se han de observar en el procedimiento administrativo sancionador no son exactamente las mismas que rigen en el proceso penal”.

## 7. EN ESPECIAL, PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

**A) Contenido esencial del derecho a la prueba**

La STC 129/2005, de 23 de mayo, recurso de amparo, recuerda que:

“el artículo 24.2 CE no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes, entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi*. Es preciso, además, que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el Ordenamiento”.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### **B) La presunción de inocencia es un derecho que asiste sólo al acusado y que no puede ser invocado por la Administración sancionadora (presunción de inocencia invertida)**

Así lo recuerda la STS de 20 de septiembre de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 1113.

### **C) La presunción de inocencia sólo actúa en el ámbito de los hechos**

Lo afirma la STS de 20 de enero de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 1158.

### **D) La admisión de la prueba indiciaria no vulnera la presunción de inocencia**

Así lo reitera la STC 172/2005, de 20 de junio, recurso de amparo. No obstante, “la exigencia de razonabilidad del engarce entre lo acreditado y lo que se presume cobra una especial trascendencia, pues en estos casos es imprescindible acreditar, no sólo que el hecho base o indicio ha resultado probado, sino que el razonamiento es coherente, lógico y racional. En suma, ha de estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común. Es ésta, como hemos dicho, la única manera de distinguir la verdadera prueba de indicios de las meras sospechas o conjeturas”. Sobre esta base, la Sala considera totalmente lógica “la inferencia que arranca de los hechos directamente percibidos por los veedores de que se descargaron en las bodegas de la recurrente en amparo los remolques que transitaban cargados de uva fuera de la zona de la denominación de origen, y concluye, a falta de toda explicación alternativa razonable, que esa uva procedía de terrenos situados fuera de la circunscripción de la denominación de origen”.

### **E) Valor probatorio de las actas de inspección y otros documentos administrativos**

– La jurisprudencia menor insiste en otorgar un valor probatorio privilegiado a las actas de la inspección administrativa. En nuestra opinión, esta doctrina es contraria a las consecuencias que se derivan de la presunción de inocencia. Así, según la STSJ de Madrid de 17 de junio de 2004, Ar. 28 de 2005, la presunción de certeza de las actas de la inspección de trabajo “despliega (sic) la carga de la prueba al administrado, de modo que es éste quien debe acreditar con las pruebas precisas que no se ajustan a la realidad los hechos descritos por la inspección”.

– Siguiendo una línea jurisprudencial que sí se adecua a las exigencias que conlleva la presunción de inocencia, la STS de 24 de enero de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 1127, atribuye mero valor probatorio al parte militar ratificado por quien presenció los hechos:

“no se trata de una mera denuncia sino que sus contenidos tienen virtualidad para enervar la presunción de inocencia, salvo, lógicamente, cuando la veracidad de su contenido quede en entredicho a la vista de otros elementos probatorios”.

### **F) La carga de la prueba de las circunstancias que excluyen la culpabilidad pesa sobre quien las alega**

Una empresa sancionada por incumplir las normas técnicas de auditoría alega que tales incumplimientos sólo manifiestan una valoración divergente de un hecho económico. Para

la STS de 23 de febrero de 2005, Sección Tercera, Ar. 1693, ésta es una “cuestión eminentemente técnica, pero no jurídica, cuya solución sólo es posible desde los conocimientos de la rama del saber económico especializado en que dicha cuestión aparece encuadrada”. A partir de ahí, añade que “la objetividad y solvencia que caracteriza a los órganos especializados de la Administración aconseja admitir como improbable su error o desacierto técnico en esa calificación económica. Mientras que, por el contrario, la posición claramente interesada de la parte recurrente permite dudar de la neutralidad de su valoración. Por lo cual, no bastan alegaciones de parte para aceptar la existencia de dudas que deban ser consideradas como razonadas y razonables a los efectos de reproche que aquí se está analizando, habría sido preciso que hubieran ido acompañadas en su momento de prueba que demostrara que en el sector especializado de conocimientos esas pretendidas divergencias son aceptadas como duda por importantes o amplias corrientes de opinión”.

**G) La carga de la prueba también recae sobre la Administración si la conducta constitutiva de la infracción entraña una omisión**

Una vez más la STS de 15 de febrero de 2005, Sección Séptima, Ar. 1020, anula una sanción de expulsión del territorio español impuesta a una extranjera por carecer de medios lícitos de vida, porque la ausencia de una prueba que verifique la conducta imputada vulnera su presunción de inocencia. La sanción se basa en las afirmaciones de la policía de que la extranjera carece de ingresos como consecuencia de la actividad de alterne que practica, y de que la cantidad de dinero que exhibe en efectivo “bien podría haberle sido prestada a ese efecto”. Pero, según la sentencia, “nada hay en el expediente que acredite que haya sido así (que se le haya prestado esa cantidad de dinero); (...) puestos a afirmar que el alterne no proporcionaba ingresos regulares a la recurrente, se tenía que haber probado que su empleador retenía la totalidad de los ingresos generados por la actividad que ésta realizaba, sin pagarle ninguna cantidad, y por el contrario, la sanción se ha sustentado solamente en manifestaciones policiales carentes del apoyo de datos o circunstancias concretas, y en que la recurrente no ha demostrado que percibe ingresos regulares como producto de su actividad”. No obstante, debe advertirse que, precisamente en este campo de las conductas omisivas, la jurisprudencia ha matizado el alcance de la carga de la prueba por parte de la Administración sobre la base del principio de facilidad o disponibilidad probatoria.

**8. RESOLUCIÓN SANCIONADORA. QUE CONSTE FIRMADA EN UN LUGAR EQUIVOCADO NO INVALIDA LA SANCIÓN SIEMPRE QUE PERTENEZCA AL TERRITORIO QUE SEA COMPETENCIA DEL ÓRGANO SANCIONADOR**

El instructor del procedimiento remitió la propuesta de resolución y el resto de documentos obrantes en el expediente desde su lugar de trabajo, en Santa Cruz de Tenerife, a la sede de la viceconsejería de turismo, en Las Palmas, incluyendo un borrador de la resolución sancionadora para que la firmara el viceconsejero. Este documento fue debidamente firmado, apareciendo, no obstante, como lugar de la firma Santa Cruz de Tenerife, a pesar

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

de haber sido signado en Las Palmas. Para la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 18 de febrero de 2005, Ar. 180, esta anomalía “no obstante ser un uso extraño al buen proceder, carece de entidad para invalidar la resolución sancionadora (...) pues dictada y firmada realmente por el Viceconsejero de Turismo, lo fue por órgano competente (...) ya que dicha autoridad administrativa ejerció la potestad sancionadora dentro del ámbito de su competencia territorial”.

### 9. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE DURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO NO TIENE QUE NOTIFICARSE DENTRO DEL PLAZO INICIAL

Así, la STSJ de Cataluña de 16 de diciembre de 2004, Ar. 187, afirma que “acordada en tiempo y forma la prórroga por la autoridad competente (...) la circunstancia de que la notificación se hiciera dentro de los diez días que la Ley 30/1992 establece (lo que en el caso enjuiciado suponía la notificación de la ampliación fuera del plazo máximo inicialmente previsto para la terminación del procedimiento) no permite aplicar la institución de la caducidad ni apreciar motivo alguno que pudiera determinar la nulidad o la anulabilidad en cuanto no se generó indefensión”.

### 10. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES. TOMA EN CONSIDERACIÓN DE TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES

Un Guardia Civil es sancionado con seis meses de suspensión de empleo por una falta muy grave consistente en realizar actividades incompatibles, en concreto, por prestar el servicio de conductor de grúas. El conocimiento de la prestación de esa otra actividad tiene lugar porque, yendo a prestar un servicio, presencié un accidente de tráfico y bajó de la grúa para socorrer a las posibles víctimas, resultando entonces atropellado por otro vehículo. La STS de 14 de junio de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 1579, estima que “la intachable trayectoria profesional del encartado, el alto concepto que del mismo tienen sus superiores y la ausencia de perjuicio para el Servicio derivado de la conducta indisciplinada (...), pudiendo añadir nosotros ahora como nuevo factor de minoración, el altruismo con que el encartado se condujo al aprestarse a socorrer a las personas implicadas en el accidente del que resultaría también víctima, habiendo sufrido con tal motivo una especie de ‘sanción natural’ que ha de tener reflejo en la intensidad del reproche (...), lo que determina que la suspensión de empleo se fije razonable y definitivamente en dos meses”.

### 11. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

#### A) Aplicación *in peius* del régimen de prescripción derivado de la jurisprudencia existente en el momento de iniciar el procedimiento administrativo sancionador

La STS de 12 de noviembre de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 1117, reconoce que conforme a su nueva doctrina jurisprudencial una infracción habría prescrito, pero que “en la

fecha de incoación del expediente disciplinario (...) la doctrina de esta Sala era la de que la fecha a considerar a efectos de prescripción es la de la resolución sancionadora y no la de la notificación de la misma (...). En conclusión, el principio de seguridad jurídica y la proscripción de la arbitrariedad nos llevan, pues, a atenernos a la hora de resolver este Recurso a la que por aquel entonces era nuestra doctrina sobre la fecha a tener en cuenta a efectos de prescripción”. Se trata de un supuesto complejo y de solución discutible que muestra el valor de la jurisprudencia –pues en el supuesto no hay cambio normativo–; la, en ocasiones, intrincada delimitación entre lo sustantivo y lo procedimental; y las dificultades jurídicas que siempre plantean las aplicaciones retroactivas –especialmente, las que son *in peius* en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador–.

### **B) Prescripción de las infracciones con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992**

La STS de 2 de marzo de 2005, Sección Tercera, Ar. 1866, reitera la jurisprudencia anterior a la entrada en vigor de la Ley 30/1992, conforme a la que el plazo de prescripción de las infracciones administrativas en los supuestos en que la legislación no previera uno específico era el de dos meses establecido en el Código Penal para las faltas. No obstante, la aplicación de esta regla queda muy matizada desde el momento en que, tal y como establecía el Código Penal, “la interrupción se produciría desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, con independencia de que ese mismo inicio de las actuaciones fuese conocido por el afectado”.

### **C) Prescripción de las infracciones tributarias**

Recuerda la STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de octubre de 2004, Ar. 155 de 2005, que, hasta la modificación por la Ley 14/2000 de la anterior, y hoy derogada, Ley General Tributaria, el plazo de prescripción de las infracciones tributarias sólo quedaba interrumpido “por la iniciación del procedimiento sancionador notificada al interesado”, sin que pudiera atribuirse eficacia interruptiva a las actuaciones de comprobación o liquidación de tributos desarrolladas con el obligado tributario.

## **12. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA**

### **A) Se impone a la Administración que investigue las presuntas infracciones denunciadas**

Se anula el archivo de una denuncia acordado por la Agencia de Protección de Datos tras seguir un procedimiento que la STS de 28 de diciembre de 2004, Sección Sexta, Ar. 1121, declara como incompleto por no haber analizado las alegaciones del denunciante y los datos que aportaba, y se declara el derecho de los denunciantes “a obtener un pronunciamiento sobre el fondo en relación con las cuestiones que plantean, a cuyo efecto la Agencia deberá llevar a cabo cuantas actuaciones y comprobaciones de lo denunciado por los recurrentes fuera necesario”.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### B) Posibilidad de sustituir o modular la sanción

Se reduce la extensión de la sanción impuesta (STS de 14 de junio de 2004, Ar. 1579, Sala de lo Militar; STSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2004, Ar. 168 de 2005) o incluso se sustituye por otra menos gravosa de las sanciones normativamente posibles (STSJ del País Vasco de 14 de diciembre de 2004, Ar. 104 de 2005), manteniendo siempre la misma calificación de los hechos. Y esto sobre la base de una vulneración del principio de proporcionalidad, por apreciar que no concurren las circunstancias que permiten agravar la sanción o que existen otras que atenúan la responsabilidad y que no fueron tenidas en cuenta por el órgano sancionador.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

MANUEL IZQUIERDO CARRASCO

ANTONIO M.<sup>a</sup> BUENO ARMIJO

MANUEL REBOLLO PUIG



**VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar.** **2. Sujetos de la expropiación.** A) Ausencia de legitimación de un Ayuntamiento para recurrir la fijación del justiprecio que ha de ser abonado por una entidad beneficiaria. **3. Procedimiento expropiatorio de urgencia.** A) Concurrencia de los presupuestos de la urgencia: no es preciso que se motiven expresamente, puesto que cabe deducirlos de las circunstancias concurrentes, siempre que esta “motivación indirecta” sea clara y suficiente. **4. Determinación del justiprecio.** A) Valoración a efectos expropiatorios de las actuaciones aisladas en suelo urbano sobre terrenos que no tienen señalado aprovechamiento urbanístico. **5. Garantías sustanciales.** A) La afectación genérica en expropiaciones urbanísticas puede determinar la improcedencia de la reversión, pues en estos casos ha de estarse, más que al destino concreto y específico de cada parcela, a la finalidad prevista por el Plan para cada unidad de ejecución o área de actuación. B) La valoración retasatoria debe referirse al momento en que se formula el nuevo aprecio en la forma prevista en el artículo 29 de la LEF.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Al igual que la del número anterior, esta crónica da cuentas de la jurisprudencia producida en materia expropiatoria durante el último trimestre de 2004. Es de destacar, en primer lugar, la novedosa doctrina sentada por la sentencia que se comenta en relación con la falta de legitimación de un Ayuntamiento para recurrir la fijación del justiprecio que ha de ser abonado por una entidad beneficiaria, en la medida en que fija los límites de la actuación procesal de la Administración cuando existe beneficiario de la expropiación. También destaca la sentencia relativa al control del presupuesto de hecho habilitante en las expropiaciones de urgencia, que matiza la doctrina jurisprudencial sobre la motivación de la urgencia. Sin embargo, es bastante menor el interés de las sentencias que se comentan en relación con la valoración expropiatoria del suelo urbano que no tiene asignado aprovechamiento urbanístico y las que se reseñan en materia de reversión y retasación, que sólo vienen a reiterar doctrina consolidada.

## 2. SUJETOS DE LA EXPROPIACIÓN

### A) Ausencia de legitimación de un Ayuntamiento para recurrir la fijación del justiprecio que ha de ser abonado por una entidad beneficiaria

La STS de 28 de diciembre de 2004, Ar. 1063 de 2005, resuelve un supuesto impugnatorio realmente atípico, que, de hecho, no cuenta con precedentes en la jurisprudencia. Se trata, concretamente, del recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes (Madrid) contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que desestimó el recurso contencioso-administrativo deducido por la Comunidad Autónoma de Madrid frente a la fijación del justiprecio que había de pagar la beneficiaria de la expropiación llevada a cabo en el aludido municipio para establecer en su término la conocida casa de muebles IKEA. Lo que se debate en este recurso es la legitimación que pueda concurrir en un Ayuntamiento para impugnar el justiprecio que ha de abonar la beneficiaria de la expropiación cuando se da la particularidad de que aquél no actúa como Administración expropiante, ya que el propio municipio —Administración que, en principio, tenía competencias para expropiar— había encomendado esta función a la Comunidad Autónoma de Madrid.

La legitimación procesal que dicho Ayuntamiento esgrimió en el proceso de instancia fue la de titularizar un interés directo en la causa en tanto que la expropiación se desarrollaba en su término municipal; cosa que no fue atendida por el Tribunal Superior de Justicia, que desestimó el recurso interpuesto por la Comunidad de Madrid —la Administración expropiante— e inadmitió por falta de legitimidad para recurrir el deducido por el Ayuntamiento. Por su parte, la beneficiaria IKEA, que inicialmente concurrió como coadyuvante de la Administración expropiante, desistió finalmente de sus pretensiones por haber alcanzado un acuerdo extraprocésal con los expropiados.

En la misma línea que el Tribunal de instancia, el Tribunal Supremo rechaza la legitimación del Ayuntamiento que recurre en solitario en sede casacional. Ello es así porque, aunque —en hipótesis de principio— un Ayuntamiento puede estar legitimado para intervenir e impugnar actuaciones expropiatorias que tienen lugar en su término municipal incluso cuando no concurre en él la condición de Administración expropiante, esa legitimación no es automática ni puede presumirse en cualquier caso, y menos cuando la impugnación que se produce afecta sólo al justiprecio establecido; justiprecio que, por lo demás, no ha de pagar el Ayuntamiento en cuestión, ni tampoco la Administración autonómica que gestiona la expropiación, sino una tercera parte beneficiaria de la actuación expropiatoria.

En el planteamiento del recurso de casación, el Ayuntamiento pretende sustentar su legitimación en la “encomienda” que dicho Ayuntamiento había hecho a favor de la Comunidad Autónoma para gestionar la expropiación, lo que —según la representación procesal del Ayuntamiento— permite entender que las actuaciones expropiatorias se hicieron por “delegación”. Frente a este planteamiento, ciertamente impreciso, el Tribunal Supremo

## VIII. Expropiación Forzosa

se ve obligado a recordar que la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común distingue varias figuras para arbitrar fórmulas de colaboración intersubjetivas o interadministrativas que es preciso diferenciar en la medida que comportan consecuencias de régimen jurídico diverso. Así, la Ley 30/1992 diferencia, por un lado, la encomienda de gestión (artículo 15), y, por otro, la delegación interorgánica (artículo 13, números 1 a 7) y la intersubjetiva (artículo 13, número 1, inciso primero) que, a su vez, ha de completarse para las Corporaciones Locales con las previsiones de los artículos 27.1 y 37.1 de la LBRL y con lo dispuesto en el artículo 4.5 de la Carta Europea de Autonomía Local, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988.

A la vista de estas previsiones, el Tribunal Supremo descarta que pueda hablarse en este caso de una “encomienda” en sentido técnico, pues no se transfiere aquí la realización de actuaciones materiales (como exige el artículo 15 de la Ley 30/1992) sino el ejercicio de una potestad administrativa de innegable contenido jurídico imperativo. Tampoco cabe emplear aquí la fórmula de la delegación, pues esta figura no tiene cabida entre Administraciones territoriales. Antes bien, la utilización de los términos “encomienda” y “delegación” que hace el Ayuntamiento parece hacerse en vaga remisión a un genérico *nomen iuris* desprovisto de significación técnica precisa. En puridad debería haberse hablado de alguna fórmula cooperativa o de colaboración *ad hoc* de las previstas en el artículo 57 de la LBRL y los correlativos preceptos del TRRL. No obstante, fuera cual fuere la fórmula de colaboración empleada en este caso, la pretendida legitimación del Ayuntamiento en el proceso de instancia habría tenido que soportarse probatoriamente en dicho instrumento de colaboración, de cuya existencia y formalización no se aportó prueba alguna.

Así las cosas, el Tribunal Supremo afirma que:

“nadie cuestiona que el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, como Administración territorial que es, posee la potestad expropiatoria en el término municipal sobre el que ejerce sus competencias, pues así lo establece con carácter general el artículo 2.1 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Sin perjuicio de lo anterior de un modo u otro en el caso que nos ocupa pudiera plantearse la duda de si la Corporación recurrente resignó el ejercicio de su potestad expropiatoria en la Comunidad de Madrid. Pero, en todo caso, la cuestión es irrelevante puesto que de lo que se trata es de conocer si la Corporación recurrente tiene interés, y, por tanto, legitimación en un proceso donde lo que está en cuestión no es su potestad expropiatoria y su ejercicio, o la gestión de la misma, sino la valoración por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa del justo precio del bien concreto expropiado, a ello nos hemos de limitar.

En este supuesto que es el contemplado por la Sentencia recurrida la Administración expropiante carece de interés directo porque el precio a satisfacer cuando existe un beneficiario de la expropiación como ocurre en este caso en el que además concurre la condición de persona jurídica privada, sociedad mercantil, que ha de abonar el precio que haya convenido con el expropiado o el fijado por el órgano de valoración de aquél, sin que se haya planteado cuestión alguna sobre posibles responsabilidades de la Administración

expropiante por demora en la tramitación del expediente expropiatorio, como expresa el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, es claro que es algo ajeno a su potestad y por tanto para lo que carece de legitimación porque es una relación entre beneficiario y expropiado a la que es ajena”.

Es decir, que lo que lleva al Tribunal Supremo a rechazar el motivo de casación planteado es la falta de interés directo del Ayuntamiento sobre el objeto litigioso: la fijación de un justiprecio cuyo abono no le incumbe, aunque implícitamente parece afirmar esa legitimación si la cuestión atañera a la declaración de la facultad expropiatoria o a su ejercicio; y ello con independencia de si se produjo o no o de si se formalizó efectivamente la cesión de la facultad expropiatoria a favor de la Comunidad Autónoma —que es un dato que el propio Tribunal califica de irrelevante para el fallo—. Finalmente, cabe señalar que esta doctrina ha sido reiterada, en relación a los mismos hechos, partes y pretensiones, por la STS de 19 de enero de 2005, Ar. 714.

### 3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO DE URGENCIA

#### **A) Concurrencia de los presupuestos de la urgencia: no es preciso que se motiven expresamente, puesto que cabe deducirlos de las circunstancias concurrentes, siempre que esta “motivación indirecta” sea clara y suficiente**

Hemos reiterado en diversos números de esta Revista que el procedimiento expropiatorio de urgencia, originariamente concebido con vocación de excepcionalidad, ha pasado a convertirse procedimiento “normal” (que no “excepcional”) en materia expropiatoria. La generalización del procedimiento de urgencia ha venido propiciada, en gran medida, porque la LEF atribuye un innegable carácter discrecional a la decisión administrativa de aplicar esta vía en lugar de la ordinaria. No obstante, el recurso abusivo a este procedimiento ha producido una vigorosa reacción jurisprudencial encaminada a exigir un mayor rigor en la apreciación de los requisitos que permiten aplicar este procedimiento, lo que se ha traducido en una cada vez más estricta interpretación de los presupuestos de las expropiaciones urgentes y del propio concepto de urgencia.

La STS de 30 de noviembre de 2004, Ar. 463 de 2005, se inserta en esta línea y abunda hermenéuticamente en una importante matización que la jurisprudencia viene haciendo a la exigencia de motivación como trámite en el que puede recaer, en gran medida, el control de la discrecionalidad que la Administración ejerce en estos casos. El citado pronunciamiento trae causa de una Sentencia de 29 de enero de 2000 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que resolvió el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Decreto de la Xunta de Galicia 375/1996, de 11 de octubre, por el que se declaraba la utilidad pública y la urgente ocupación de los terrenos afectados por la construcción del embalse de Caldas de Reis en el río Umia. La sentencia de instancia estimó parcialmente el recurso tras comprobar la falta de motivación de la urgencia del Decreto impugnado y

## VIII. Expropiación Forzosa

la inexistencia de los presupuestos fácticos que la determinan. Merece la pena transcribir, en lo sustancial, el fundamento jurídico segundo de la citada sentencia de instancia:

“el Decreto impugnado aparece huérfano de motivación justificativa de la declaración de urgencia, el expediente administrativo tampoco revela la concurrencia de circunstancias excepcionales que determinarían la urgencia declarada por el referido Decreto, que pudieran proporcionarle aquella motivación indirecta, pues, de una parte, el mismo Anteproyecto descartó que la construcción del embalse tuviera como finalidad la regulación del río Umia, a fin de evitar las riadas o inundaciones que padecía la villa de Caldas de Reis en las avenidas invernales, al expresarse allí que (...) la construcción del embalse no solucionaba el problema de las inundaciones (...).

No ignora esta Sala que la cubrición de las necesidades de abastecimiento de agua para fines urbanos, industriales y agrícolas, puede tener virtualidad, para integrar una situación anómala o excepcional que justifique la declaración de urgencia, pero tal aptitud no es reconocible a las necesidades de abastecimiento concurrentes en el momento en que la Administración decide proyectar el embalse. En efecto, tanto el Plan como el Anteproyecto no refieren una situación de desabastecimiento alarmante o inquietante, centrándose, más bien, en señalar que la actuación reguladora proyectada tenga por objeto la ampliación del suministro respecto de municipios que presentaban déficit de recursos, el suministro de núcleos periféricos, como, en fin, solventar los déficit en épocas de estiaje, poniendo todo el énfasis en el aseguramiento del suministro en el horizonte de los años 2002 y 2012.

Siendo ello así, ya se advierte que no estamos en presencia de circunstancias excepcionales que según aquella doctrina jurisprudencial motivarían la declaración de urgencia, como así resulta de los propios términos de aquellos instrumentos en cuanto indican claramente que estamos ante un proyecto de futuro próximo y no de futuro inmediato, por cuanto la obra cuestionada no está pensada para subvenir a necesidades perentorias o apremiantes que no puedan satisfacerse con medidas transitorias o complementarias, factibles y posibles, como allí se expresa, hasta en tanto la Administración, ajustando la potestad expropiatoria a los cauces del procedimiento ordinario, pueda proceder a la ocupación de los terrenos afectados y acometer la construcción de la obra. En definitiva (...) la construcción del embalse “puede justificar la expropiación de los terrenos afectados por tal obra, pero no ponen de relieve la urgente necesidad de dar satisfacción inmediata a dicho interés” (STS de 30 de septiembre de 1992). En consecuencia, ya no es tanto que el Decreto impugnado en el orden formal carezca absolutamente de motivación, como que la motivación que de forma indirecta lo podría legitimar resulta ‘insuficiente a los fines pretendidos por el mismo, cual es la declaración de urgente ocupación de los bienes y derechos afectados por la expropiación’ (SSTS de 21 de diciembre de 1996, 9 de marzo de 1993 y 30 de septiembre de 1992), por lo que se está en el caso de estimar el motivo, con la declaración de que no se está en presencia de una nulidad de pleno derecho o radical, como pretende el recurrente, al no encajar el vicio apreciado en ninguno de los supuestos del artículo 62 de la Ley 30/1992 y sí ante un acto o resolución que incurre en simple vulneración de aquellos preceptos de la Ley de expropiación forzosa y su Reglamento, con los efectos propios de la anulabilidad, que lo han de ser conforme a la resolución preconizada por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el sentido de que la

consecuencia de la declaración de nulidad del expediente expropiatorio, cuando resulta físicamente imposible de reponer las cosas a su estado primitivo, como es el caso, pues ya se produjo la ocupación de las fincas y la obra ya se inició, no es la retroacción de dicho expediente a su iniciación sino la indemnización de los daños y perjuicios que se les hayan causado a los recurrentes por la ocupación ilegal de sus bienes (SSTS de 11 de noviembre de 1993, 21 de junio de 1994, 18 de abril de 1995 y 16 de marzo de 1996, entre otras), a determinar en fase de ejecución de sentencia”.

Lo que viene a subrayar esta doctrina es que la falta de motivación no determina, sin más, un uso abusivo de la facultad discrecional para declarar la urgencia que deslegitime el acudir al procedimiento del artículo 52 de la LEF, pues la concurrencia de las circunstancias de urgencia que hacen procedente este procedimiento excepcional pueden deducirse de una realidad que muestre claramente que la expropiación viene a subvenir necesidades perentorias o apremiantes; de modo que la constatación de tales necesidades prestaría una “motivación indirecta” a la declaración administrativa de la urgencia formalmente inmotivada. No obstante, como indica la propia sentencia de instancia, el Tribunal Supremo tiene declarado que la “motivación indirecta” que puede prestarle al acto declarativo de la expropiación la constatación de circunstancias fácticas que reclaman la urgencia de tal expropiación exige que dichas circunstancias evidencien de forma “suficiente” la urgencia requerida, cosa que –según el Tribunal a quo– no sucede en este caso.

Así lo reitera el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación que la Xunta de Galicia interpuso contra la sentencia que acabamos de comentar, recordando que:

“existe una jurisprudencia consolidada de esta Sala que (afirma) que la excepcionalidad que, para declarar la urgente ocupación, prevé el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa no deriva de circunstancias de orden público o cualquier otro ajenas al proyecto sino de la imperiosa necesidad de ejecutar inmediatamente unas obras, que no permita emplear el procedimiento expropiatorio común u ordinario, cuya diferencia con el de urgencia no es otra que la de ser posible la ocupación de los bienes antes de tramitar el expediente administrativo de justiprecio, artículo 52.7 de la Ley de Expropiación Forzosa. (...) esta Sala ha repetido incansablemente que para declarar la urgente ocupación de los bienes afectados por la expropiación, a que dé lugar la realización de una obra o finalidad determinada, conforme a lo establecido concordadamente por los artículos 52 de la Ley de Expropiación Forzosa y 56 de su Reglamento, es necesario, en primer lugar, que concurren circunstancias excepcionales que exijan acudir a tal procedimiento y, en segundo lugar, que el acuerdo, en el que se declara dicha urgencia, esté debidamente motivado con la exposición de las indicadas circunstancias que lo justifican (Sentencias de 22 y 30 de septiembre, 3 de octubre y 3 de diciembre de 1992, 9 de marzo de 1993, 19 de septiembre de 1994, 23 de enero, 16 de marzo y 7 de mayo de 1996, 22 de diciembre de 1997, 3 de diciembre de 1998 y 19 de julio de 1999).

## VIII. Expropiación Forzosa

Pues bien el examen del Decreto recurrido, emanado del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Galicia, muestra que el mismo está ayuno y desprovisto de cualquier motivación o razonamiento que justifique la excepcionalidad del procedimiento al que se acude para llevar a cabo la expropiación de que se trata (...). De su texto únicamente se deduce la voluntad del Consejo de Gobierno de ejecutar la expropiación siguiendo ese procedimiento excepcional, pero sin que contenga razón alguna que justifique las circunstancias extraordinarias que amparan esa decisión.

Es cierto que la Sala de instancia no se conformó al estimar el recurso, con constatar el hecho de que el Decreto recurrido estaba horro de motivación en torno a la excepcionalidad del procedimiento que había puesto en marcha la Administración expropiante, y así, de conformidad con la Jurisprudencia de esta Sala al respecto, dijo ‘si bien debe matizarse que aquella motivación puede actuarse o resultar por vía indirecta, si en el expediente existe constatación de las razones que impulsaron a optar por aquel procedimiento, o dichas razones resultan notorias por la naturaleza de la obra pública motivadora del expediente expropiatorio’ (SSTS de 25 de octubre de 1982, 4 de abril y 6 de junio de 1984, 22 y 30 de septiembre, 3 de octubre y 3 de diciembre de 1992, 22 de diciembre de 1997, entre otras). E, indagando en esa línea de la motivación indirecta que pudiera deducirse del expediente, la Sala de instancia concluyó afirmando que el mismo Anteproyecto descartó que la construcción del embalse tuviera como finalidad la regulación del río Umia, a fin de evitar las riadas o inundaciones que padecía la villa de Caldas de Reis (...). Frente a lo que exponemos, el motivo (de casación) sostiene la excepcionalidad de la expropiación que nos ocupa, y, por tanto, la justificación del Decreto que acordó la urgente ocupación, haciendo referencia, por ejemplo, al hecho de que la referida obra aparece recogida en el proyecto de directrices del Plan Hidrológico de las Cuencas de Galicia-Costa, por lo que el Decreto cuestionado contiene suficiente motivación, si se quiere sucinta, pero que se debe considerar bastante. Esa razón no es atendible porque el instrumento en el que se basa es un proyecto de directrices, y el Plan al que se refiere no se aprobó sino hasta que se dictó el Real Decreto 103 de 2003, de 24 de enero, del Ministerio de Medio Ambiente, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 6 de febrero siguiente.

La extensión del motivo que pretende desvirtuar la conclusión que obtuvo la Sala de instancia, no cambia la decisión de la misma que esta Sala confirma, en cuanto a la valoración que hizo de los elementos probatorios que existían en el expediente. No concurrían las circunstancias excepcionales que justificasen la decisión de urgente ocupación adoptada, y llevaba razón la Sala cuando entendió que se estaba ‘ante un proyecto de futuro próximo y no de futuro inmediato’, por cuanto la obra cuestionada no está pensada para subvenir a necesidades perentorias o apremiantes que no puedan satisfacerse con medidas transitorias o complementarias, factibles y posibles, como allí se expresa, hasta en tanto la Administración, ajustando la potestad expropiatoria a los cauces del procedimiento ordinario, pueda proceder a la ocupación de los terrenos afectados y acometer la construcción de la obra”.

#### 4. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

##### **A) Valoración a efectos expropiatorios de las actuaciones aisladas en suelo urbano sobre terrenos que no tienen señalado aprovechamiento urbanístico**

Como se recordará, el artículo 58 del TRLS de 1992 establecía, con carácter general, que la valoración de los terrenos destinados a sistemas generales o a dotaciones locales en suelo urbano que debieran obtenerse por expropiación, y de los terrenos incluidos en unidades de ejecución respecto de las que se hubiese fijado el sistema de expropiación, se determinará de conformidad con las reglas establecidas en los artículos 59 a 61 del propio Texto Refundido.

El problema de la valoración de estos terrenos surgió a raíz de la STC 61/1997, de 20 de marzo, que dejó vigente el mencionado artículo 58 pero anuló los artículos 59, 60 y 61 a los que éste se remitía, generando un vacío en el sistema de valoración que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha llenado recurriendo al método para hallar el valor urbanístico descrito en el TRLS de 1976 y en el Reglamento de Gestión Urbanística (al haberse anulado también en la expresada sentencia del Tribunal Constitucional la Disposición Derogatoria Única del TRLS de 1992 en lo relativo al TRLS de 1976, lo que hizo recobrar vigencia a este último en aquellas materias no reguladas por las normas subsistentes). Por ello, el Tribunal Supremo ha venido afirmando (véase, por todas, la STS de 31 de marzo de 2001, Ar. 74860) que la valoración del suelo urbano expropiado debe hacerse de acuerdo con lo establecido por los artículos 103, 105.2, último párrafo, y 108 del TRLS de 1976 y en el artículo 146.c) del Reglamento de Gestión Urbanística. De esta forma, en los supuestos en los que el suelo urbano expropiado carece de aprovechamiento en el planeamiento municipal se debe acudir para calcular su valor urbanístico al aprovechamiento asignado en aquél a las parcelas más representativas del entorno, y no al aprovechamiento subsidiario previsto en el artículo 105.2, último párrafo, del TRLS de 1976.

En el período analizado en esta crónica hay varias sentencias que confirman esta doctrina jurisprudencial, entre las que cabe citar las SSTS de 26 de octubre de 2004, Ar. 294 de 2005; de 11 de noviembre de 2004, Ar. 297 de 2005; de 24 de noviembre de 2004, Ar. 677 de 2005, o la de 16 de diciembre de 2004, Ar. 592 de 2005.

#### 5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

##### **A) La afectación genérica en expropiaciones urbanísticas puede determinar la improcedencia de la reversión, pues en estos casos ha de estarse, más que al destino concreto y específico de cada parcela, a la finalidad prevista por el Plan para cada unidad de ejecución o área de actuación**

La STS de 20 de diciembre de 2004, Ar. 597 de 205, resuelve el recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que desestimó el recurso contencioso-administrativo deducido frente a un acuerdo de la Consejería de Obras

## VIII. Expropiación Forzosa

Públicas de la Junta de Andalucía por el que se denegaba la pretensión reversional instada por los causahabientes de unos terrenos expropiados con ocasión de la ejecución del Área de Actuación Urbanística (ACTUR) de La Cartuja de Sevilla.

Los recurrentes fundamentaron su derecho de reversión ante el Tribunal de instancia aduciendo que el artículo 54 de la LEF y los artículos 66.1 y 67.2.b) del REF prohíben la realización de obras o el establecimiento de servicios distintos a aquellos que motivaron la expropiación. Al examinar la causa de reversión pretendida, consistente en la desaparición de la afectación por cambio de la misma, la Sala de instancia analiza preliminarmente la normativa que amparó la expropiación de los terrenos incluidos en el ACTUR de La Cartuja: el Decreto-Ley 7/1970 y el Decreto 3003/1971, por los que se aprobó la delimitación del Área de Actuación de La Cartuja de Sevilla; la Orden del Ministerio de la Vivienda, de 28 de septiembre de 1974, que aprobó el correspondiente proyecto de expropiación, y el Real Decreto 3481/1983, de 28 de diciembre, que transfirió a la Comunidad Autónoma de Andalucía los terrenos comprendidos en el ACTUR y la competencia en el expediente expropiatorio, asignándole los terrenos a la Consejería de Obras Públicas y Transportes y la gestión de las expropiaciones a la Empresa Pública del Suelo de Andalucía (EPSA).

En este contexto normativo, la actora entiende que se ha producido un cambio de destino de los terrenos expropiados que determina su derecho reversional, pues la normativa específica que acaba de citarse pretendía fundamentalmente la habilitación de viviendas sociales en los cascos urbanos, mientras que el destino final de los terrenos expropiados ha sido dotacional (viario público) y la realización de obras de defensa contra inundaciones y otras obras de infraestructura. Contrariamente, el Tribunal *a quo* sostiene que, si bien es cierto que el artículo 63.c) del REF recoge como causa determinante del nacimiento del derecho de reversión la desaparición de la afectación de los bienes o derechos a las obras o servicios que motivaron la expropiación, consecuencia ineludible de la operatividad de la *causa expropriandi* como una carga legal que pesa sobre el destino de los bienes, también lo es que, en el caso examinado, la particular redacción y específica finalidad del Decreto-Ley 7/1970 no permite sostener que se haya olvidado o transformado la causa o motivo de la expropiación, ni puede afirmarse que se infrinja frontalmente la *causa expropriandi* fijada en dicha norma porque el ACTUR de La Cartuja haya soslayado la construcción de viviendas, pues lo que con tal disposición se pretendía era hacer posible la formación de unidades urbanísticas integradas, y su finalidad, como indica el preámbulo del mencionado Decreto-Ley, no se detiene en la satisfacción de la demanda de viviendas sociales, sino que, dada la escala de actuación, se extiende a la dotación de equipo colectivo y servicios complementarios de barriada y a la reserva de espacios adecuados para la instalación de actividades productivas. De ahí que el propio Decreto-Ley emplee el término “Área de Actuación”, que expresa un concepto más amplio que el de polígono recogido en el entonces vigente TRLS de 1976. Con ello debe entenderse que la urbanización a que alude el artículo 1 del Decreto-Ley comprende el trazado de vías públicas y medios de comunicación, así como el establecimiento de espacios libres para parques y jardines públicos. Es decir, que, el núcleo o área de actuación deberá ser objeto de un planeamiento total o integrado donde —entre otras dotaciones— encaja el viario público.

Al resolver el recurso de casación deducido contra esta sentencia, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo, ya que:

“la causa de la expropiación no estaba limitada, según entiende el recurrente, exclusivamente a la construcción de viviendas protegidas sino que se extendía a todas las actuaciones necesarias para la urbanización con destino a la edificación de viviendas o bien, como señala el artículo 1 del Decreto-Ley, al establecimiento de actividades productivas con sus correspondientes dotaciones de equipo colectivo y servicios complementarios o a la construcción e instalación de edificios y servicios públicos, habiéndose ocupado la parcela en función de las citadas obras y quedando afecto el resto de la misma a los servicios dotacionales que en la descripción actual de la parcela han quedado más arriba precisados, lo que impone llegar a la conclusión de que en la parcela se han construido las obras para las cuales se incluyó la misma en el área de actuación y que los destinos a que está afecto el resto según el planeamiento son igualmente de carácter dotacional público. Por ello, conforme a lo dispuesto en la norma reguladora de la reversión en el momento en que se formuló la petición de la misma, contenida en el artículo 225 del TRLS de 1992, no resulta procedente la reversión, sin que por lo tanto pueda apreciarse la infracción de los preceptos invocados por el recurrente”.

Esta doctrina viene a reafirmar el consolidado criterio jurisprudencial según el cual la afectación genérica en expropiaciones urbanísticas puede determinar la improcedencia de la reversión, pues en estos casos ha de estarse, más que al destino concreto y específico de cada parcela, a la finalidad prevista por el Plan para cada unidad de ejecución (o, como sucedía en este caso, para cada “Área de actuación”).

### **B) La valoración retasatoria debe referirse al momento en que se formula el nuevo apreció en la forma prevista en el artículo 29 de la LEF**

La STS de 6 de septiembre de 2004, Ar. 414 de 2005, resuelve el recurso de casación planteado en un supuesto de retasación que tiene los siguientes antecedentes: ante el impago del justiprecio de unas fincas expropiadas en 1963, los propietarios instaron la retasación en 1987 adjuntando la consiguiente hoja de apreció; cosa que reiteraron en 1991, volviendo a apreciar de nuevo los bienes ante el silencio de la Administración. Resuelta la retasación, los propietarios impugnan el nuevo justiprecio por disconformidad con el momento al que el Jurado de Expropiación refirió la valoración retasatoria (el de la primera solicitud, instada en 1987); pero su pretensión es desestimada por el Tribunal de instancia, que considera que la fecha a la que debía referirse el nuevo justiprecio era 1987, pues la tardanza en la tramitación del nuevo expediente de justiprecio sólo podría originar el abono de los intereses aplicables.

Frente a este pronunciamiento de instancia, los recurrentes dedujeron un primer motivo casacional sosteniendo que la sentencia recurrida veta al expropiado el acceso a la retasación, pues el Jurado incumplió lo preceptuado en el artículo 34 de la Ley de Expro-

## VIII. Expropiación Forzosa

piación forzosa al fijar el justiprecio de los bienes expropiados después de cuatro años desde que se solicitó la retasación. Este motivo es desestimado por el Tribunal Supremo, para quien:

“la retasación tiene su razón de ser en la caducidad de los justiprecios expropiatorios, que los priva de eficacia por el simple transcurso de los plazos legales sin haberse hecho efectivo al expropiado su importe o consignado el mismo, de forma que lo que surge es la necesidad de una nueva valoración de los bienes referidos a la fecha en que se ha pretendido la retasación acompañando la nueva hoja de aprecio; resulta que en el caso que analizamos, la Sala de instancia en recta interpretación aplicación de los principios que regulan la fórmula retasatoria de los bienes y derechos expropiados contenidas en los artículos 58 de la LEF y 74 del REF, correctamente evaluó las fincas expropiadas al momento en que los propietarios formularon su hoja de aprecio en la forma prevista en el artículo 29 de la Ley de Expropiación Forzosa, pues el once de noviembre de mil novecientos ochenta y siete fue la fecha determinante, a los efectos de la valoración, ya que la segunda hoja de aprecio era irrelevante al no haber desistido de la primera.

No se conculcó por el órgano administrativo tasador, ni por la Sala de instancia, los preceptos que hemos reseñado, ya que el artículo 34 de la Ley de Expropiación Forzosa lo único que exige es que el justiprecio lo fije el Jurado dentro de los márgenes establecidos en las hojas de aprecio y en los límites temporales establecidos”.

Asimismo formularon otro motivo de casación sustentado en la infracción del artículo 58 de la LEF en relación con el artículo 6.4 del Código Civil. El motivo es igualmente rechazado por el Tribunal Supremo, que viene a recordar que:

“la retasación, según declaramos en nuestra Sentencia de 24 de junio de 2002 (Ar. 5754) es una institución jurídica de marcado corte garantista en beneficio del propietario expropiado, que pretende evitar los perjuicios que por la demora en el pago del previo pudieran derivarse para aquél y tiene su razón de ser en la caducidad de los justiprecios expropiatorios, a los que se priva de eficacia por el transcurso de los plazos legales sin haber hecho efectivo al expropiado su importe o consignado el mismo, por ello supone una nueva valoración con la que se impone la fijación de otro justiprecio que no puede quedar condicionado a lo que las partes pidieron u ofrecieron en sus iniciales hojas de aprecio, pues los módulos o criterios aplicables serán los pertinentes al momento en que se solicitó la retasación, ya que de otro modo no sería lógica la remisión a los preceptos legales contenidos en el capítulo III, del título II de la Ley de 1954; de lo que resulta que en el caso que analizamos, la Sala de instancia, al seguir el criterio del Jurado, correctamente aplicó el artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa, en relación al 74.2 de su Reglamento ejecutivo, pues atendió como fecha para fijar el justiprecio el once de noviembre de mil novecientos ochenta y siete, que fue cuando los propietarios solicitaron la retasación y presentaron en la forma prevista en el artículo 29 de la Ley de Expropiación Forzosa su hoja de aprecio”.

**JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE**

**EMILIO GUICHOT REINA**

**FRANCISCO LÓPEZ MENUDO**



**IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA****Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Objetividad del sistema y nexo de causalidad.**

A) Responsabilidad por omisión y atentados terroristas. B) Responsabilidad por omisión y daños escolares. C) Responsabilidad por omisión y culpa de terceros.

**3. Daño indemnizable. Falta de acreditación del cumplimiento de la obligación de obtener el consentimiento informado del paciente. 4. Responsabilidad del Poder judicial.**

A) Error judicial. Interpretación restrictiva del *dies a quo* para instar la declaración de error judicial. B) Prisión provisional.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Sólo el azar ha deparado que el ramillete de sentencias contenidas en esta Crónica ofrezca en su mayor parte la particularidad de tocar algunos de los puntos más sensibles del régimen de la responsabilidad de la Administración. Ni una selección de sentencias deliberadamente escogidas hubiera puesto de manifiesto más a las claras la gran contradicción interna del sistema, esto es, su naturaleza objetiva en el plano legal y teórico frente al dato de que el derecho a indemnización se suele hacer depender del hecho de que la Administración haya actuado anormalmente, lo cual introduce en el sistema un sesgo de corte culpabilístico que algunas de las sentencias que se comentan no se recatan de explicitar, como podrá comprobarse. Este fenómeno, que puede acusarse como general para toda la institución, se hace absolutamente ostensible en los casos de daños presuntamente derivados de omisiones o carencias de actuación administrativa.

Estos supuestos déficit de actuación diligente suelen venir conectados con mucha frecuencia con sucesos que se producen no ya dentro de los confines abstractos del amplio concepto de “servicio público” que juega a efecto de responsabilidad, sino dentro del espacio físico mismo que sirve de soporte material a los servicios públicos en los que, obviamente, se pone a prueba con especial intensidad el deber de vigilancia y donde encuentra asiento oportuno la figura del caso fortuito, tantas veces inaplicada, por cierto, por la tendencia jurisprudencial a considerar responsable a la Administración sólo cuando ésta funciona anormalmente. En esta crónica puede verse un muestrario de diversas soluciones relativas a estos daños a los que les cuadra perfectamente la característica de la “interioridad” –típicamente, daños producidos en el seno de las escuelas públicas– muestrario en el que pueden encontrarse desde sentencias que permiten afirmar resueltamente que no todo cuanto ocurre dentro del servicio es causa de responsabilidad administrativa,

hasta resoluciones que aplican lisa y llanamente la figura del caso fortuito –lo que no es frecuente, como queda dicho– por la simple exclusiva razón de que el suceso acaeció dentro del recinto del servicio, pasando por supuestos mixtos en que concurre ese elemento de la “interioridad” con culpa de terceros o del propio perjudicado.

Es de resaltar asimismo una importante Sentencia que versa sobre el llamado “consentimiento informado” propio del ámbito hospitalario, problema este que aunque se encuentre en la actualidad mucho más esclarecido que hace unos años aún necesita de algunas precisiones que acaben de pulir la figura.

## 2. OBJETIVIDAD DEL SISTEMA Y NEXO DE CAUSALIDAD

### A) Responsabilidad por omisión y atentados terroristas

La STS de 2 de noviembre de 2004, Ar. 634, tiene como presupuesto la explosión por ETA de un coche bomba junto a la Dirección General de la Guardia Civil, que provocó cuantiosos daños humanos y materiales, entre ellos, el fallecimiento de un hijo de los reclamantes y las graves lesiones padecidas por ellos mismos. El Tribunal Supremo, al igual que hiciera la sentencia de instancia, descarta la responsabilidad administrativa, y entiende que se trata de un daño imputable en exclusiva a un tercero, esto es, ETA. La imputación a la Administración pretendía anudarse por los recurrentes a la no adopción de medidas de seguridad después de un primer atentado perpetrado por el mismo comando contra idéntico objetivo un año antes. Sin embargo, el juez administrativo tiene en cuenta que el vehículo explotó tan sólo cuarenta y cinco segundos después de estacionado, lo que no permitió su retirada o la desactivación del explosivo, pese a haber funcionado las medidas de vigilancia. Hace un repaso de todas las medidas de seguridad existentes, que no eran pocas (si bien ciertamente estaban pensadas más para proteger a los ocupantes del edificio que a los que pudieran transitar por la acera aneja) pero afirma que las mismas, o cualesquiera otras que hubieran podido adoptarse o en el futuro, no servirían para asegurar al cien por cien la no producción de atentados terroristas. De este modo, y en ausencia de un elemento de anormalidad, no cabe establecer la responsabilidad administrativa, lo que diferencia este caso de otros atentados de ETA en los que el propio Tribunal Supremo sí ha reconocido el derecho a indemnización por una incorrecta actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, como el atentado a Hipercor, en que no se desalojó el lugar, pese a mediar tiempo suficiente entre el aviso y la explosión (STS de 18 de julio de 1997), o el envío de paquete bomba a la sede de la Comisaría General de la Exposición Universal de Sevilla de 1992, en que no existían medios de detección de explosivos en la correspondencia (STS de 27 de marzo de 1998). Supuestos ambos, por cierto, que fueron oportunamente comentados en estas Crónicas.

De la Sentencia que comentamos se deduce que cuando no concurre un elemento de anormalidad, no ha de jugar el instituto de la responsabilidad, sino que son de aplicación, exclusivamente, las medidas compensatorias que con base en el principio de solidaridad,

## IX. Responsabilidad Administrativa

hayan sido arbitradas por el legislador, y que en efecto existen para el caso de las víctimas del terrorismo.

### B) Responsabilidad por omisión y daños escolares

Traemos a colación tres casos que responden a un mismo género de supuestos por desgracia bastante habituales: los daños sufridos por escolares como consecuencia de agresiones de sus iguales. En estos casos, el daño es provocado por un tercero y/o por la propia víctima, de modo que la existencia de responsabilidad administrativa dependerá de si cabe o no reprochar a la Administración educativa una omisión en su deber de control y vigilancia de lo que sucede en el ámbito del servicio público educativo.

Ahora bien, como se verá, en la última de las sentencias que se reseñan, la responsabilidad se atribuye a la Administración incluso en un caso en que la actuación de la Administración aparece como irreprochable (un fragmento de un objeto que se introduce en el ojo de un alumno que realiza unas prácticas, provocándole la pérdida parcial de la visión). Se acude en este caso a la configuración del supuesto como un caso fortuito, del que responde la Administración, al carecer de la nota de externidad al servicio público que requeriría su calificación como fuerza mayor. En realidad, en este caso, el Tribunal Supremo se limita a reproducir la argumentación de la instancia, pero lo cierto es que se trata de una calificación que conviene meditar, pues se encuentra en contradicción con la solución inversa acogida habitualmente por el Tribunal Supremo para casos idénticos y similares (por ejemplo, daños derivados de caídas o balonazos practicando deportes en el centro educativo en horario de recreo), de los que hemos ido dando cuenta en Crónicas anteriores.

– La **STS de 22 de noviembre de 2004**, Ar. 568, enjuicia un caso de lesiones producidas en una pelea escolar entre dos alumnos, y acoge una solución no muy habitual, al establecer una tripartición de responsabilidad: la de la Administración, por omisión de su deber de vigilancia, y la de los dos alumnos que se pelearon.

– En la **STS de 20 de diciembre de 2004**, Ar. 598, un niño asediado por sus compañeros de Instituto que pretenden gastarle una novatada sufre una caída que le impide asistir a clase durante todo el curso académico. Al inicio del nuevo curso escolar, sufrió una nueva caída al subir la escalera del mismo centro, sin que conste que en esta caída hubiera ninguna influencia externa ni de terceras personas. A resultas de esa caída sufrió traumatismo craneoencefálico, que evolucionó al cabo de unas semanas hacia un cambio radical en su conducta hasta serle diagnosticado un síndrome depresivo reactivo secundario al accidente tratado por su médico psiquiatra con un pronóstico desfavorable encontrándose incapacitado para cualquier tipo de actividad sociolaboral regular y normal y precisando un control por tercera persona, con reconocimiento de un grado de minusvalía del 75 por 100. Se argumenta que existió una omisión por parte de los responsables del Centro educativo, al no poner los medios necesarios para evitar la persecución de la que el menor era objeto por parte de sus compañeros que iban a realizarle una novatada, y que

la segunda caída es consecuencia de las limitaciones corporales y sensitivas con las que había quedado a consecuencia de la primera. Se solicita en concepto de indemnización 27.432.027 pesetas por lesiones y secuelas, más 15.000.000 de pesetas por necesitar ayuda de una tercera persona para las labores más elementales de su vida y los padecimientos que sufren los familiares al ser objeto de agresión por el joven, más 192.800 pesetas por gastos médicos acreditados y rehabilitación.

La sentencia de instancia denegó la indemnización, por entender que no se había acreditado la relación de causalidad entre la primera caída y la patología que siguió a la segunda. Sin embargo, el Tribunal Supremo procede a la integración de los hechos con el informe del director del Centro (que pone de relieve que el primer accidente es consecuencia de la persecución y el segundo de no haberse repuesto completamente cuando volvió al centro al curso siguiente), así como los del Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio de Educación y Ciencia, y del Gabinete Técnico de la Subsecretaría del Ministerio de Educación y Ciencia (favorables ambos al reconocimiento de responsabilidad por omisión). Por todo ello, estima que las lesiones y secuelas ocasionadas al menor tienen su origen en la primera caída al ser perseguido por sus compañeros de Instituto que no fue evitada por los responsables del Centro y que le generó unas lesiones y fallos en la pierna derecha que fueron los que determinaron la segunda caída que le agudizó las lesiones padecidas. Aprecia, pues, la existencia de un nexo causal que comporta la responsabilidad de la Administración. Se concede la cantidad reclamada de 42.614.827 pesetas, cantidad que se establece con referencia al día en que se formula reclamación en vía administrativa, cantidad que habrá de actualizarse a la fecha de la sentencia de instancia, con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y sobre esas sumas convenientemente actualizadas, se abonarán los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada.

Adviértase que, contra la sentencia de instancia, no se toma en consideración que la segunda caída es, acaso, una consecuencia indirecta de la primera y de la utilización por el perjudicado de una escalera cuando su recuperación posiblemente no estaba completada. Asimismo, nótese que se acepta in totum el montante indemnizatorio solicitado.

– La STS de 9 de diciembre de 2004, Ar. 802, si bien versa sobre la cantidad indemnizatoria, recoge un caso de pérdida parcial de la visión de un ojo al saltarle un objeto en el curso de una clase práctica realizada en una cantera. Cabe reseñar que se reconoce indemnización por tratarse de un caso fortuito, pero no de fuerza mayor, al haberse producido al actualizarse un riesgo en el ámbito propio del servicio educativo.

### **C) Responsabilidad por omisión y culpa de terceros**

La STS de 3 noviembre de 2004, Ar. 557, tiene como presupuesto el atropello de un soldado que hace guardia en una garita por un conductor imprudente y sin permiso de conducir ni seguro, que le ocasiona secuelas que le incapacitan de forma permanente y absoluta para toda profesión u oficio. Se le reconoce una pensión extraordinaria, recibe

## IX. Responsabilidad Administrativa

una indemnización del Consorcio de Compensación de Seguros y una ayuda para gastos de traslado, alojamiento, manutención y acompañamiento durante su estancia hospitalaria. En la vía penal, el conductor del vehículo causante del atropello es condenado como autor de una falta de imprudencia a indemnizar con unos setenta y seis millones de pesetas en concepto de responsabilidad civil. No obstante, reclama también contra la Administración. El Tribunal Supremo lo considera infundado, a falta de acreditación alguna de deficiencia en las condiciones de seguridad del puesto de guardia. Reproducimos el siguiente fragmento, que resulta sumamente expresivo de la centralidad del criterio del funcionamiento anormal como clave general –no sin excepciones– del sistema:

“Resulta aplicable en el presente caso la doctrina recogida en la Sentencia de esta Sala de 1 de febrero de 2003 cuando, al enjuiciar la responsabilidad de la Administración por actos derivados de la prestación del servicio por funcionarios públicos, supuesto equiparable al actual en que el perjudicado presta un servicio público en cumplimiento de un deber legal, declaramos que para precisar la existencia o no de responsabilidad de la Administración en estos casos es necesario estar a la normalidad o deficiencia en la prestación del servicio y en su caso, si esta última es o no imputable al funcionario y servidor público o, como ocurre en el presente caso, a un tercero.

Efectivamente, en el supuesto de funcionamiento normal, quien presta el servicio a la Administración, aun cuando como ocurre en el presente caso se produzca obligatoriamente, tiene el deber jurídico de soportar el daño por lo que éste no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico, como en el presente caso ha ocurrido y resulta de lo dispuesto en el Real Decreto 1234/1990, reconociéndose al perjudicado una pensión extraordinaria. Y es que solamente en caso de funcionamiento anormal del servicio público es cuando cabe apreciar la responsabilidad de la Administración siempre que la deficiencia o normalidad no sea consecuencia exclusivamente de la propia actuación del servidor público, en cuyo caso su misma conducta sería la única causante del daño o perjuicio sufrido, con lo que faltaría el requisito del nexo causal requerido por el apartado 1.d) del artículo 139 de la Ley 30/1992 para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, o si la deficiencia o anormalidad del servicio obedece a otros agentes con o sin la concurrencia de la conducta del propio perjudicado.”

### **3. DAÑO INDEMNIZABLE. FALTA DE ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE OBTENER EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE**

La obligación de recabar del paciente su consentimiento informado, de la que hemos tratado en múltiples Crónicas, ofrece diversos aspectos que merecen atención. Uno de ellos es cuál sea el contenido de dicha información. Otro, a quién y de qué forma corresponde la acreditación de su prestación o de la falta de ésta. Finalmente, otro aspecto controvertido y del máximo interés se refiere a cuál sea el daño indemnizable cuando se omitió la información y, por ende, el consentimiento, y el riesgo se actualiza. Sobre los

dos últimos versa la Sentencia que comentamos a continuación y que, pese a dictarse en unificación de doctrina, se separa del último aspecto citado de la Sentencia de contraste que dice seguir.

En efecto, la **STS de 28 de enero de 2005**, Ar. 995, estima un recurso de casación para unificación de doctrina, y establece la responsabilidad de la Administración por omisión del deber de la Administración sanitaria de obtener el consentimiento informado del paciente. La sentencia de instancia había desestimado la reclamación indemnizatoria al considerar que no se había acreditado ninguna anormalidad en el tratamiento médico efectuado, y que, pese a que no constaba dicho consentimiento, la reclamante no había hecho valer su omisión ni al efectuar la reclamación administrativa previa, ni al formular la denuncia que motivó la incoación del procedimiento penal, “por lo que no puede darse por acreditado que la intervención se practicara sin su consentimiento o sin haber recibido información de clase alguna sobre su naturaleza y alcance”.

Se aporta como sentencia de contraste la STS de 4 de abril de 2000, Ar. 3258, que fue oportunamente comentada en estas Crónicas. También en aquella ocasión el Tribunal Supremo casó el pronunciamiento de instancia, que había entendido que no se había acreditado por el reclamante la falta de información. El Tribunal Supremo recalcó entonces que la carga de la prueba ha de corresponder, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley General de Sanidad, a la Administración, que “da así realidad legislativa al llamado ‘consentimiento informado’, estrechamente relacionado, según la doctrina, con el derecho de autodeterminación del paciente característico de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas (...)”. Y añadió:

“Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidad y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad.

El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada –puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente– y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica –no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión–, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario.

Asimismo, es fundamental tener en cuenta sus consideraciones sobre la carga de la prueba:

## IX. Responsabilidad Administrativa

Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, invocada en su defensa por la Administración recurrida (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla a la Administración). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad. Al no haberlo apreciado así la sentencia de instancia, debe concluirse en la existencia de la infracción del citado precepto legal.”

Pues bien, son estos mismos principios los que conducen ahora al Tribunal Supremo a estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, concluyendo que no ha quedado probado por la Administración, que es a quien compete la carga de la prueba, que el paciente hubiera prestado su consentimiento.

Ahora bien, cabe notar que, estimado este motivo de casación (basado, obsérvese, en la falta de consentimiento informado, que no en la defectuosidad de operación quirúrgica en sí), el Tribunal Supremo considera que, además de la falta de consentimiento queda acreditada la relación de causalidad entre las secuelas sufridas y dicha operación:

“Es obvio, por tanto, que acreditada la causación del resultado lesivo y las secuelas expuestas derivadas de una intervención quirúrgica para cuya práctica no se solicitó el consentimiento de la actora, informándose de los riesgos que de ella pudieran derivarse, nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.”

Y, de este modo, se calcula una indemnización por las lesiones físicas y secuelas sufridas.

De este modo, nótese, la sentencia se separa de la sentencia de contraste a la que dice seguir. En efecto, en la STS de 4 de abril de 2000, como comentamos en su momento, el Tribunal Supremo puntualizó que la deficiente información no puede conectarse causalmente con el resultado dañoso producido. Quedan desvinculados así el perjuicio físico y el consentimiento informado, al menos cuando se trate de una intervención quirúrgica de medicina curativa y no de medicina satisfactiva (distinción esta clave en la materia, como bien conoce el seguidor de estas Crónicas). Ello sin perjuicio de que la falta del consentimiento informado determine un daño moral por frustración del derecho a la autodeterminación sanitaria.

#### 4. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL

##### A) Error judicial. Interpretación restrictiva del *dies a quo* para instar la declaración de error judicial

La STS de 17 de febrero de 2005, Ar. 1135, interpreta el *dies a quo* para el cómputo del plazo para instar la declaración de error judicial, en la línea restrictiva expresamente acogida por la jurisprudencia, entre otras, en la STS de 16 de septiembre de 2003, Ar. 6073, conforme a la cual:

“(...) este criterio restrictivo en la determinación del día inicial y, por ende, en el cómputo del plazo a que nos referimos, obliga a excluir toda posibilidad de que los interesados puedan manejar a su antojo el *dies a quo* del mencionado plazo, a través de la artificiosa interposición de recursos cuya inadmisión sea por demás predecible al no ajustarse los mismos a los requisitos legalmente establecidos”.

En aplicación de esta doctrina, inadmite la demanda ya que, si bien el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la que deriva el alegado error se tuvo por interpuesto en plazo, su inadmisión era evidente puesto que el interés económico del asunto no sobrepasaba la cuantía que hubiera permitido el acceso a la casación. En consecuencia, no puede tenerse como *dies a quo* para el cómputo del plazo de tres meses el de la fecha del auto que inadmite el recurso de casación interpuesto, sino el día de la notificación de la sentencia de la que deriva el supuesto error, por lo que, en el caso de autos, ha de entenderse que la demanda sobre declaración de error judicial ha sido interpuesta extemporáneamente.

##### B) Prisión provisional

El atento seguidor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad del Poder judicial conoce la dificultad de apreciación del supuesto de “inexistencia subjetiva” y de su delimitación respecto de los casos de absolución por falta de pruebas y con base en el derecho a la presunción de inocencia.

La STS de 26 de enero de 2005, Ar. 1164, es buena muestra de ello, hasta el punto de que cuenta con un voto particular que difiere de la apreciación de la mayoría. El caso es el de una entrada y registro domiciliario donde se localiza cannabis y heroína, deteniéndose a los titulares del domicilio y al novio de una de ellas, que se encontraba en ese momento en él. Se decreta prisión provisional para los tres, pero posteriormente, y ante la falta de acusación en el escrito de calificación provisional, el Ministerio fiscal solicita el sobreseimiento provisional, que se concede por la Audiencia, al entender que no había motivo suficiente para acusar, entre otros, al recurrente. Nótese que se decreta sobreseimiento provisional, que no libre, lo que supone la apreciación de una insuficiencia de los elementos probatorios para fundar una acusación formal, pero a su vez no descarta de manera definitiva la responsabilidad penal, es decir, la participación de los afectados, que hubiera determinado, en su caso, el sobreseimiento libre. Por ello, la sentencia de

## **IX. Responsabilidad Administrativa**

instancia considera que no estamos ante un supuesto de inexistencia subjetiva. El Tribunal Supremo, por el contrario, con apoyo en sentencias anteriores, considera que estamos ante un caso de inexistencia subjetiva. Sin embargo, para la Magistrada Dña. Margarita Robles Fernández, que suscribe el voto particular, hay que estar, como establece uniformemente la jurisprudencia, al auténtico sentido del pronunciamiento penal, que, en este caso, dibuja un supuesto de sobreseimiento por falta de prueba.

**EMILIO GUICHOT**

**JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE**

**FRANCISCO LÓPEZ MENUDO**



**X. FUNCIÓN PÚBLICA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Acceso.** A) Procedimiento de consolidación de empleo y nombramiento de funcionarios llevados a cabo por la Administración del Estado durante el proceso de materialización del traspaso de medios personales, funciones y servicios a una Comunidad Autónoma. B) La motivación de las decisiones de las comisiones juzgadoras no puede vulnerar el secreto de sus deliberaciones. Alcance del deber de motivación. **3. Carrera administrativa.** A) La promoción de los funcionarios de las instituciones europeas se decide en función del interés del servicio, tras un examen comparativo de los méritos de todos los aspirantes. B) La remoción del puesto de trabajo por causas sobrevenidas no puede efectuarse sin previo expediente contradictorio. **4. Derechos económicos.** A) Quinquenio extraordinario: es constitucional la Ley Foral de Navarra 17/1994, de 2 de noviembre, que regulariza la aplicación del sistema retributivo funcional. B) Complemento de dedicación especial: la cuantía que recibe el personal de las Fuerzas Armadas está condicionada a los créditos presupuestarios específicamente destinados al pago de ese complemento. C) Clases pasivas: para que la pensión percibida por los funcionarios jubilados por incapacidad permanente esté exenta del IRPF deben haber sido previamente inhabilitados por completo para toda profesión u oficio. D) Las aportaciones de la Administración a los planes y fondos de pensiones en beneficio de su personal no pueden ser consideradas como un incremento retributivo sino como un sistema de previsión social de los funcionarios. **5. Derechos colectivos.** A) Libertad sindical: resulta contrario al art. 28.1 de la Constitución la falta de abono de la indemnización por residencia al funcionario que residiendo en Melilla es trasladado a otra ciudad para ejercer su actividad sindical. B) Negociación colectiva: aunque la titularidad para negociar la tiene atribuida la mesa de negociación, también los sindicatos están legitimados para reclamar judicialmente la negociación.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Hemos seleccionado un conjunto de sentencias de diversos Tribunales. En esta ocasión, una buena parte de las sentencias comentadas hacen referencia a los derechos económicos de los empleados públicos. Junto a éstas, hemos incluido otras sentencias relativas a acceso, carrera administrativa y derechos colectivos.

## 2. ACCESO

### **A) Procedimiento de consolidación de empleo y nombramiento de funcionarios llevados a cabo por la Administración del Estado durante el proceso de materialización del traspaso de medios personales, funciones y servicios a una Comunidad Autónoma. Corresponde a la Comunidad Autónoma adjudicar destinos definitivos al personal traspasado**

Mediante Real Decreto 1430/1999 se estableció el traspaso de medios personales, funciones y servicios en materia de enseñanza no universitaria a la Comunidad de Castilla y León. La efectividad del traspaso regulado por el citado Real Decreto concreta en fecha de 1 de enero de 2000. En fechas paralelas, mediante Resolución de 30 de abril de 1999, la Secretaría de Estado para la Administración Pública convocó pruebas selectivas de ingreso en la escala auxiliar de organismos autónomos (plazas referidas al ámbito del Ministerio de Educación y Cultura), con el fin de cumplir un acuerdo con los sindicatos sobre consolidación de empleo. Por Resolución de la misma Secretaría de Estado, de 18 de septiembre de 2001, se nombró a los funcionarios que habían superado las pruebas aludidas. Mientras tanto, por Resolución del Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León de 27 de julio de 2000, se dictaron instrucciones sobre la adjudicación de destinos definitivos en esta Administración autonómica a tales funcionarios.

Plantado por algunos de los funcionarios afectados el conflicto sobre la competencia para decidir sobre los destinos definitivos, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de mayo de 2005**, Ar. 128002, resuelve a favor de la Administración autonómica. En este sentido, señala la Sala que “(...) es la Junta de Castilla y León la que tiene que incorporar a unos funcionarios afectos por un procedimiento de consolidación de empleo convocado por otra Administración y nombrados por ésta, pero sin destino definitivo a la cronología de la efectividad de las transferencias; pudiendo ejercer esa Comunidad Autónoma sus potestades para adscribir a ese personal a unos concretos puestos y según sus propios criterios que derivan de las exigencias o necesidades demandadas por los servicios de su titularidad que ya gestiona”.

### **B) La motivación de las decisiones de las comisiones juzgadoras no puede vulnerar el secreto de sus deliberaciones. Alcance del deber de motivación. Funcionarios de las instituciones europeas**

De conformidad con el Estatuto de la función pública comunitaria, la obligación de motivación de las decisiones de las comisiones evaluadoras de un concurso debe conciliarse

## X. Función Pública

con el secreto de las deliberaciones de dichas comisiones. Tal como recuerda la **STPICE de 7 de junio de 2005** (A. Cavallaro/Comisión), el citado vínculo de secreto se establece en garantía de la independencia y de la objetividad de las actividades de las comisiones de cada concurso, con el fin de proteger a dichas comisiones de cualquier injerencia o presión externa, tanto por parte de la propia Administración comunitaria como de los candidatos interesados o de terceros. En consecuencia, el deber de secreto impide la divulgación ya sea de las opiniones de los miembros de la comisión, ya sea de cualquier valoración personal o comparativa de los aspirantes.

Por lo demás, teniendo en cuenta el amplio poder discrecional del que disponen las comisiones juzgadoras para la valoración de los resultados de las pruebas de un concurso, en caso de que un candidato no haya superado una prueba, tales comisiones no están obligadas a precisar por qué las respuestas del aspirante han sido juzgadas insuficientes. Según señala la **STPICE de 7 de junio de 2005** (A. Cavallaro/Comisión), en el caso de autos, la comunicación al candidato de los puntos obtenidos en cada una de las pruebas constituye motivación suficiente del juicio de valoración efectuado por la comisión examinadora.

### 3. CARRERA ADMINISTRATIVA

#### **A) La promoción de los funcionarios de las instituciones europeas se decide en función del interés del servicio, tras un examen comparativo de los méritos de todos los aspirantes**

Tal como señala la **STPICE de 30 de mayo de 2005** (T. Dionyssopoulou/Consejo de la Unión Europea), la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado reiteradamente que el Estatuto no concede a los funcionarios de las instituciones de la Unión Europea ningún derecho a la promoción, ni siquiera aunque aquéllos reúnan todas las condiciones para poder ser promovidos. El hecho de que un candidato haya ocupado durante un largo tiempo un puesto de trabajo de grado inferior no puede prevalecer sobre el interés del servicio, que es el criterio determinante para la elección entre todos los aspirantes del funcionario merecedor de la promoción.

La autoridad investida del poder de nombramiento (L'AIPN) debe efectuar una valoración comparativa de todos los candidatos participantes en una convocatoria de promoción. El hecho de que un candidato no haya sido promocionado en una convocatoria anterior a pesar de reunir méritos adecuados, no le da derecho a ser promovido en la convocatoria siguiente. En definitiva, la decisión de promoción no sólo depende de las cualidades y de las capacidades del candidato, sino de la apreciación comparativa que de esas condiciones se haga en relación con los méritos del resto de aspirantes a ser promovidos, y esta operación debe realizarse en cada ejercicio de promoción.

#### **B) La remoción del puesto de trabajo por causas sobrevenidas no puede efectuarse sin previo expediente contradictorio. Funcionarios de Policía**

El recurrente en el caso enjuiciado por la STSJ de Baleares de 3 de junio de 2005, Ar. 142324, ganó por concurso específico el puesto de "Jefe de Grupo TEDAX" de la Jefatura

Superior de Policía de Baleares, de nivel 22. Posteriormente, se aprobó un nuevo catálogo de puestos de trabajo que reservaba el puesto ocupado por el recurrente a la Escala Ejecutiva, asignándole un nivel 24. Dado que el recurrente (Subinspector) no pertenecía a la citada Escala, fue cesado en el puesto que ocupaba, acordándose la toma de posesión y alta del mismo como personal operativo TEDAX, en comisión de servicios.

En virtud del art. 14 del Real Decreto 997/1989, por el que se aprueba el Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo para la Dirección General de Policía, los funcionarios que accedan a un puesto de trabajo por el procedimiento de concurso específico de méritos podrán ser removidos por causas sobrevenidas, derivadas de una modificación del puesto de trabajo, o por falta de capacidad para el desempeño del mismo, si bien la remoción se efectuará siempre previo expediente contradictorio mediante resolución motivada del órgano que realizó el nombramiento. En consecuencia, la STSJ de Baleares de 3 de junio de 2005 anula la resolución por la que el actor fue cesado en su puesto.

#### 4. DERECHOS ECONÓMICOS

##### **A) Quinquenio extraordinario: es constitucional la Ley Foral de Navarra 17/1994, de 2 de noviembre, que regulariza la aplicación del sistema retributivo funcional**

El pleno del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en su **STC 83/2005, de 7 de abril**, respecto a una cuestión de inconstitucionalidad de la Ley Foral de Navarra 17/1994, de 2 de noviembre, en relación con el denominado quinquenio extraordinario. Dicho quinquenio se insertó en el sistema retributivo de los funcionarios de la Comunidad Foral como un aumento gradual sobre sus sueldos por cada 5 años de servicios. En la regulación inicial de este quinquenio de 23 de noviembre de 1962 se había previsto también un quinquenio extraordinario que se devengaría a los quince años de prestar servicios efectivos. En el año 1973 se modificó dicho sistema al establecer que los funcionarios de futuro ingreso no tendrían derecho de ascenso por antigüedad, quinquenio extraordinario, ni aumento de remuneración por permanencia. Sin embargo, preveía que los actuales funcionarios seguirían conservando el derecho al quinquenio extraordinario.

A partir de esta regulación se creó una situación de incertidumbre jurídica con múltiples pronunciamientos judiciales, algunos de ellos contradictorios, hasta que la STS de 24 de enero de 1990 declaró la improcedencia de aplicar el quinquenio extraordinario en el nuevo régimen retributivo de los funcionarios. A raíz de esta situación se deriva que los funcionarios que habían litigado con la Administración estaban en obligación de reembolsarle las cantidades percibidas por el indebido cómputo del quinquenio extraordinario. Paralelamente, los funcionarios que habían visto reconocido su derecho en virtud de decisión de la Administración, estando esta decisión sujeta a la condición resolutoria de que los tribunales declarasen inaplicable el quinquenio extraordinario en el nuevo régimen retributivo, también estaban en la obligación de devolver lo cobrado en exceso, una vez cumplida la condición resolutoria.

## X. Función Pública

En definitiva, siendo muy numerosos los funcionarios obligados al reintegro y en cantidades muy elevadas, se promulga el art. 1 de la Ley Foral 17/1994 con la finalidad de facilitar el cumplimiento de tal obligación introduciendo un fraccionamiento del pago mediante vencimientos periódicos de carácter mensual: “Las Administraciones Públicas de Navarra procederán a regularizar la aplicación del sistema retributivo instaurado por el Estatuto de Personal y sus normas reglamentarias de desarrollo, en ejecución de las resoluciones judiciales firmes dictadas en el proceso del quinquenio extraordinario y en aquellos otros que incidan directamente en la aplicación de dicho sistema”. En aplicación de esta Ley se impugnó el Acuerdo del Ayuntamiento de Tafalla para proceder a esta regularización y el órgano judicial planteó una cuestión de inconstitucionalidad de dicha norma.

De toda esta situación deriva que la norma impugnada comprende los reintegros retributivos debidos: a) en los casos de ejecución de sentencias desfavorable para los funcionarios y b) en los de cumplimiento de la condición resolutoria incluida en actos de la Administración reconociendo el cómputo del quinquenio extraordinario. Sólo este último supuesto es el que interesa al Tribunal Constitucional. Es decir, “lo debatido es si el acto administrativo del Ayuntamiento de Tafalla que reconoció el quinquenio extraordinario estaba o no sujeto a la condición resolutoria de que los Tribunales negasen el derecho de los funcionarios al cómputo del citado quinquenio en el nuevo sistema retributivo navarro a los efectos ya señalados”.

Pues bien, se argumentaba por parte del órgano judicial promotor de este proceso constitucional una posible vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales en la medida en que la Ley venía a incidir respecto a situaciones retributivas anteriores. El TC rechaza tal argumentación al entender que no son situaciones ya agotadas las fijadas por un acto administrativo sometido a una condición resolutoria, lo que supone que sus efectos decaerán si se produce un evento futuro objetivamente incierto. A partir de ahí, deduce el TC que “la consecuencia jurídica de la devolución de retribuciones no ha sido creada con carácter retroactivo para aquellas situaciones jurídicas por la norma cuestionada, sino que ya estaba prevista en las liquidaciones provisionales”.

También se había alegado que la norma vulneraba el art. 149.1.18 en la medida en que la misma venía a establecer un nuevo procedimiento de revisión de actos administrativos ajeno a los previstos en la Ley 30/1992. Ante ello, el TC reitera que lo que viene a regularse en la Ley “es la ejecución de un acto administrativo sometido a condición resolutoria cuando ésta se ha cumplido. La ejecución de un acto administrativo sometido a condición resolutoria presupone su validez (no parte, como la revisión, de su invalidez); y la circunstancia de la inclusión expresa en el acto administrativo de una cláusula accesorias (como es la condición resolutoria) mitiga sustancialmente la necesidad de un procedimiento con garantías reforzadas en el que entren en juego las exigencias de la seguridad jurídica y de la protección de la confianza, que están en la base de la regulación estatal del procedimiento de revisión de los actos administrativos inválidos”. Todo ello lleva al Pleno del TC a inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad alegada.

**B) Complemento de dedicación especial: la cuantía que recibe el personal de las Fuerzas Armadas está condicionada a los créditos presupuestarios específicamente destinados al pago de ese complemento**

La STC 76/2005, de 4 de abril, ha desestimado el amparo solicitado por los funcionarios recurrentes, suboficiales de las Fuerzas Armadas, que habían solicitado el abono del complemento de dedicación especial al igual que lo habían percibido sus compañeros más antiguos, por entender que la antigüedad no podía establecerse como criterio válido de discriminación para su percepción. Tanto en vía administrativa como en vía judicial sus pretensiones habían sido desestimadas.

Mantienen los recurrentes que la sentencia impugnada es contraria al principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) porque el mismo órgano había fallado en ésta de manera distinta a otras sentencias anteriores. Aunque en todas ellas se había entendido que no podía discriminarse por razón de la antigüedad para el percibo del complemento referido por la analogía de las tareas y actividades realizadas, en la sentencia impugnada se acordaba repartir entre todos los suboficiales que realizaban el mismo cometido lo percibido sólo por los más antiguos a partes iguales por razón de falta de disponibilidad presupuestaria. En las demás sentencias de contraste, sin embargo, sólo se había reconocido el derecho a recibir dicho complemento sin tener que compartirlo con los demás compañeros.

El TC desestima estas pretensiones al entender que no existe una ruptura ocasional y aislada en la línea jurisprudencial, sino que ésta responde a una distinta concepción jurídica igualmente razonable y fundada en Derecho, “sustentada, en concreto, en la normativa reguladora del complemento de dedicación especial, en la que expresamente se prevé que la cuantía del referido complemento será determinada dentro de los créditos que se asignen específicamente para esta finalidad (art. 4.4 del RD 1494/1991, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas)”. La propia normativa reguladora del complemento de dedicación es la que limita su cuantía a los créditos presupuestarios específicamente destinados a ese complemento y, por consiguiente, es la base en la que se funda la decisión judicial de reconocerles su derecho a la percepción del referido complemento de acuerdo con las correspondientes previsiones presupuestarias y dentro de sus límites.

**C) Clases pasivas: para que la pensión percibida por los funcionarios jubilados por incapacidad permanente esté exenta del IRPF deben haber sido previamente inhabilitados por completo para toda profesión u oficio**

La STS de 18 de abril de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, ha desestimado el recurso interpuesto por el funcionario recurrente. Se trataba de un funcionario jubilado del Estado y preceptor de una pensión extraordinaria por inutilidad física generadora de una incapacidad permanente derivada de accidente sufrido en acto de servicio, de las reguladas en el Régimen de Clases Pasivas del Estado. El funcionario había solicitado la exención del IRPF de la pensión que percibía y dicha solicitud había sido desestimada.

## X. Función Pública

Según la doctrina del TS dictada al efecto, todas las pensiones extraordinarias han de ser exentas del IRPF, al no tratarse de rendimientos de trabajo personal, sino de indemnizaciones a favor de funcionarios incapacitados permanentemente para su función como consecuencia de un accidente sufrido en acto de servicio. Sin embargo, la sentencia impugnada por el funcionario recurrente había desestimado su recurso contencioso-administrativo basándose en que la STC 134/1996, de 22 de julio, declaró inconstitucional el art. 9.1.c) de la Ley 18/1991, reguladora del impuesto, en la redacción dada por la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. A partir de ahí, la sentencia había declarado que “no basta la percepción de una pensión por inutilidad o incapacidad permanente del funcionario, sino que, para que resulte procedente la exención de la misma en el IRPF, debe constar además la inhabilitación por completo del preceptor de la pensión para toda profesión u oficio. Por ello, según la STS, el funcionario debe instar de los órganos competentes del Ministerio de Economía y Hacienda el reconocimiento, de conformidad con lo previsto en la Orden de Presidencia de Gobierno de 22 de noviembre de 1996, de que “se halla inhabilitado por completo para toda profesión u oficio como presupuesto del derecho a la exención de la pensión de jubilación por inutilidad o incapacidad permanente para el servicio de los funcionarios de la Administración Pública”.

El TS confirma la sentencia impugnada declarando que sólo en los casos equiparables a la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y con las condiciones antedichas procede la mencionada exención.

### **D) Las aportaciones de la Administración a los planes y fondos de pensiones en beneficio de su personal no pueden ser consideradas como un incremento retributivo sino como un sistema de previsión social de los funcionarios**

La STC 139/2005, de 26 de mayo, ha desestimado la cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco respecto de la Disposición Final Segunda de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de planes y fondos de pensiones. El origen de la cuestión se encuentra en el recurso contencioso interpuesto por el recurrente contra el Acuerdo regulador de las condiciones de empleo del personal de la Administración local y foral de Euskadi (ARCEPAFE) de 4 de agosto de 1992, en el que se imponía la aportación de fondos públicos al sistema de pensiones complementario Elkadidetza, mediante la constitución de planes de pensiones.

El TC parte en su exposición del análisis de la nueva Disposición Adicional Quinta de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero titulada “Previsión social complementaria del personal al servicio de Administraciones, entidades y empresas públicas”, a cuyo tenor se permite que éstas puedan promover planes de pensiones de empleo y realizar aportaciones a los mismos, así como a contratos de seguro colectivos, incluidos los formalizados por mutualidades de previsión social empresarial. Dichas prestaciones no tendrán la consideración de pensiones públicas ni se computarán a efectos de limitación del señalamiento inicial o fijación de la cuantía máxima de las pensiones públicas.

Pues bien, respecto de lo que a nosotros nos interesa, uno de los motivos de inconstitucionalidad se basa en la presunta violación del principio de igualdad proclamado en el art. 14 CE en la medida en que establece una desigualdad retributiva entre los funcionarios. El TC, no obstante, rechaza este motivo por entender que parte erróneamente de conceptualizar las aportaciones al sistema complementario de pensiones como un sistema retributivo no contemplado en la Ley 30/1984. En este caso, además, la norma no introduce por sí misma ni mediata ni inmediatamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas, sino que se limita a habilitar a las Administraciones para que puedan promover dichos planes y fondos de pensiones. “Es evidente que, aunque se admitiese que estas aportaciones pudieran considerarse como retribuciones, las diferencias de nivel de éstas entre las distintas Administraciones (materia, además en la que interviene la negociación colectiva) no podrían entrañar vulneración del art. 14 CE”.

## 5. DERECHOS COLECTIVOS

### **A) Libertad sindical: resulta contrario al artículo 28.1 de la Constitución la falta de abono de la indemnización por residencia al funcionario que residiendo en Melilla es trasladado a otra ciudad para ejercer su actividad sindical**

La STC 92/2005, de 18 de abril, ha concedido el amparo solicitado por el funcionario recurrente por violación del derecho a la libertad sindical consagrada en el art. 28 de la Constitución. El recurrente era un funcionario del cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, con destino en Melilla desde el 21 de febrero de 1996. En virtud de dicho destino tenía el derecho a percibir la correspondiente indemnización por residencia. En abril de ese mismo año el funcionario, que había sido autorizado para la realización a tiempo completo de funciones sindicales en Melilla, fue trasladado a Murcia para continuar allí desempeñando dichas tareas sindicales. El 21 de diciembre de 2000 recibió una resolución del Director del Centro Penitenciario de Melilla, que actuaba por delegación del Ministro, en la que se le reclamaba el reintegro de 2.437.638 pesetas correspondientes al importe de esa indemnización desde que dejó de residir en Melilla.

El funcionario recurrente alegó que dicha resolución suponía una vulneración de su derecho fundamental a la libertad sindical y solicitó el amparo del Tribunal Constitucional. Dado que el traslado como liberado sindical se comunicó sin objeción alguna por parte de la Administración, considera el recurrente que el reintegro y la falta de abono de la indemnización resultan contrarios a la garantía de indemnidad reconocida constitucionalmente para los liberados sindicales.

El TC reitera la doctrina contenida en sus Sentencias 173/2001, de 26 de julio, 38/1981, de 23 de noviembre, 30/2000, de 31 de enero, 43/2001, de 12 de febrero y 58/2001, de 26 de julio, explicitando que “dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno de su situación profesional

## X. Función Pública

o económica en la empresa. Se trata de una garantía de indemnidad que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores. En definitiva, el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical”. Esta doctrina había llevado al TC a conceder el amparo solicitado a los trabajadores liberados que por ello habían dejado de percibir un plus compensatorio por jornada partida, una gratificación por turnos rotatorios o un complemento de penosidad y peligrosidad.

Los Magistrados don Guillermo Jiménez Sánchez y don Vicente Conde Martín de Hijas han formulado no obstante un Voto particular al fallo contenido en esta Sentencia basándose en la propia naturaleza de la indemnización por residencia pues, según el Real Decreto 361/1971, “su percepción se devengará día por día, desde la toma de posesión hasta que se salga de dichos territorios por haber cesado en el destino que la hubiera originado”. En consecuencia, entienden los Magistrados que “el requisito de la efectiva residencia, obtenido de una interpretación razonada y razonable de la legalidad ordinaria que por ello no nos corresponde revisar, no se está aplicando específica y exclusivamente al demandante, con desconocimiento de su derecho a la garantía de indemnidad, sino que es consecuencia de la aplicación generalizada (como tal, extendida a todos los trabajadores) de la legalidad ordinaria por los órganos judiciales de manera respetuosa con el contenido del derecho a la libertad sindical”.

### **B) Negociación colectiva: aunque la titularidad para negociar la tiene atribuida la mesa de negociación, también los sindicatos están legitimados para reclamar judicialmente la negociación**

La STC 74/2005, de 4 de abril, ha otorgado el amparo solicitado por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras del País Valenciano. El sindicato había intentado impugnar en la vía judicial el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de San Vicente del Raspeig por el que se aprobaban las bases de unas pruebas selectivas para cubrir en propiedad una plaza de sargento de la policía local dado que se había omitido por completo el trámite de la negociación colectiva. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Valencia declaró la inadmisibilidad de la demanda por falta de legitimación activa del sindicato recurrente al entender que como quiera que la Ley 9/1987, de 12 de junio, atribuye el derecho de negociación colectiva a las mesas de negociación y no directamente a los sindicatos, éstos carecen de una legitimación propia para la negociación de forma que “es sólo la mesa correspondiente la que puede reclamar la negociación, o la que, en su caso, puede reclamar si se omite”.

El TC ha reiterado que la legitimación del sindicato para impugnar judicialmente los acuerdos municipales por falta de negociación no depende, como equivocadamente ha entendido la sentencia recurrida, de la capacidad para negociar, sino que sigue su cauce habitual, esto es, exige examinar si existe o no esa conexión o vínculo entre el sindicato y el objeto del pleito. En el caso concreto, otorga el amparo tras advertir que “lo que el sindicato pretendía con la impugnación de los acuerdos municipales considerados era

defender tanto su interés propio y sustantivo a que se respetara el trámite de negociación colectiva, como los intereses de los trabajadores y funcionarios afectados por la aprobación de la oferta pública de empleo y las bases de la convocatoria de las pruebas selectivas para cubrir la plaza. En consecuencia, no hay duda de la ventaja o utilidad que la confederación sindical recurrente habría obtenido en el caso del prosperar su recurso”.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

BELÉN MARINA JALVO

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

**XI. URBANISMO****Sumario:**

**1. Planeamiento urbanístico. 2. Ejecución del planeamiento.** A) Conservación de la urbanización. B) Proyectos de urbanización.

**1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO**

a) La conceptualización en la aprobación definitiva de una parcela como sistema general constituye una modificación sustancial necesitada de información pública, aunque dicho cambio no conlleve una alteración de uso.

Tal y como lo resume el Tribunal, la cuestión suscitada en la casación consistía en decidir si, a pesar de que la parcela venía destinada a uso comercial en la aprobación inicial, su conceptualización en la aprobación definitiva como sistema general, dado el carácter estructurante y orgánico que tiene sobre el territorio, debe considerarse una modificación sustancial necesitada de un nuevo trámite de información pública. La **STS de 19 de abril de 2005**, Ar. 4446, confirma lo decidido por la Sala *a quo*, con el siguiente razonamiento:

“Aunque dicho cambio no conlleve una alteración del uso, de la superficie ni de la edificabilidad, lo cierto es que la configuración como sistema general comporta trascendentes consecuencias para los propietarios, según admite la propia representación procesal de la Administración Autónoma recurrente, y ello supone una alteración que, según la jurisprudencia citada por los mismos recurrentes, define un modelo de planeamiento diferente en un grado que permite entender que se está ante un nuevo Plan Parcial distinto al que fue sometido a la participación ciudadana, razón por la que, conforme a la doctrina recogida en las Sentencias de esta Sala, de fechas 27 de febrero, 22 de mayo, 5 de junio, 3 de julio y 11 de octubre de 1995, debe ser sometido de nuevo a información pública, como ha declarado la Sala de instancia (...)”

## 2. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

### A) Conservación de la urbanización

En la STS de 23 de febrero de 2005, Ar. 1853, el TS debe resolver sobre la anulación o no de un acuerdo municipal aprobatorio de los Estatutos de una Junta de Conservación por entender el recurrente que no procede constituirla, y en todo caso, que el procedimiento seguido para ello incurría en vicios invalidantes.

Para comprender la decisión del TS, hay que comenzar indicando que en el supuesto controvertido, el Programa de Actuación Urbanística y el Plan Parcial declaraban categóricamente que “la necesidad de que la conservación de la urbanización fuera asumida por los propietarios era una de las determinaciones contenidas tanto en el Programa de Actuación Urbanística como en el Plan Parcial subsiguiente”.

El recurrente basa su tesis en que la Junta de Conservación no debería haberse constituido porque el PAU y el PP requerían que los propietarios asumieran el deber de conservación de modo expreso mediante la subrogación en tal deber al otorgar la escritura pública correspondiente. Sin embargo, la Sala de Instancia interpretó, y así lo asume el TS, que los instrumentos urbanísticos citados imponían tal deber aunque en la escritura pública no se haga constar el mismo de modo expreso, pues esta circunstancia sólo tendría efectos en las relaciones entre los adquirentes pero no en la obligación de cumplir el deber de conservación de la urbanización requerida por el planeamiento citado.

Partiendo de esta tesis, el TS inadmite la petición del recurrente entendiendo que “la conservación de las obras de urbanización es un deber de los propietarios de terrenos comprendidos en el polígono o unidad de actuación cuando así se imponga por el Plan de Ordenación o por las bases de un Programa de Actuación Urbanística, en cuyo caso los propietarios han de integrarse en una Entidad de Conservación, siendo, en tal caso, obligatoria la presencia de todos los propietarios comprendidos en el ámbito territorial o unidad de actuación, y ello aunque previamente no se hubiere constituido una entidad para la ejecución de las obras de urbanización” (FJ 4º).

En cuanto a que el procedimiento seguido al efecto había incurrido en vicios fundamentales, se basa el recurrente en que a otros propietarios no se les había dado traslado del expediente de constitución antes de la aprobación definitiva del mismo.

El TS indica que tampoco puede prosperar esta argumentación porque es doctrina reiterada de dicho Tribunal que no cabe alegar indefensiones ajenas, sino sólo por quien las padece o sufre. En todo caso, de la tramitación del expediente se deduce que hubo publicación del mismo en el Boletín Oficial correspondiente y notificación a cada uno de los propietarios, y en concreto, el recurrente fue el único que realizó alegaciones, y el hecho de que éste no hubiera intervenido desde el inicio del procedimiento no fue obstáculo

## XI. Urbanismo

para que haya podido alegar cuanto a su derecho le ha convenido careciendo, por tanto, de justificación la alegación de indefensión.

Además, el recurrente indica que no se puede constituir la entidad urbanística conservadora al no haberse disuelto la Junta de Compensación, y a este respecto, el TS, si bien admite que se incumplió el art. 180.3 del RGU de 1979, por no existir un acta formal de recepción de las obras, señala que éstas realmente se han recibido, y una vez recepcionadas, la obligación de conservación recae sobre la Junta de Conservación y no sobre el Ayuntamiento, pues así lo impuso el PAU y el PP, y además, la Junta de Conservación no se subroga en las obligaciones que pudiera tener la Junta de Compensación hasta que se disuelva ésta, como se indica expresamente en los Estatutos de la Junta de Conservación constituida.

Todo lo anterior lleva al TS a desestimar todas las alegaciones del recurrente.

### **B) Proyectos de urbanización**

La STS de 18 de enero de 2005, Ar. 997, tiene que analizar la naturaleza de los proyectos de urbanización a efectos de su distinción de los proyectos de obras ordinarias. La relevancia jurídica de tal distinción es muy importante, en cuanto que del encasillamiento de unas obras en uno u otro supuesto deriva la aplicación a las mismas de la legislación urbanística, en el caso de constituir un proyecto de urbanización, o de la legislación de régimen local (o la aplicable a la Administración implicada), en el supuesto de encontrarlos ante un proyecto de obras ordinarias.

Así, el TS indica que “los proyectos de urbanización se caracterizan por su globalidad, en cuanto sirven ‘para el desarrollo de todas las determinaciones que el Plan prevea en cuanto a obras de urbanización’”, y lógicamente, están sometidos al régimen jurídico urbanístico. “Por el contrario, los proyectos de obras ordinarias no tienen por objeto desarrollar íntegramente el conjunto de determinaciones de un Plan de Ordenación y están sometidos a la normativa del ente interesado –en este caso, la Ley de Régimen Local” (FJ 3º). Éste es el sentido, a juicio del TS, del art. 67.3 RPU de 1978, y del art. 89 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local (RD-L 781/1986, de 18 de abril).

“Resulta claro, a juicio del TS, que los proyectos de urbanización son instrumentos para el desarrollo de las determinaciones que el Plan prevea en cuanto a obras de urbanización, tales como vialidad, abastecimiento de agua, alcantarillado, energía eléctrica, alumbrado público, jardinería y otras análogas, (...) Pero, además, el art. 67.3 de dicha Normas (RPU de 1978) permite redactar a los Ayuntamientos proyectos de obras ordinarias que no tengan por objeto desarrollar íntegramente el conjunto de determinaciones del planeamiento urbanístico (...)” (FJ 3º).

Aplicando estos argumentos al caso concreto, donde se discute la naturaleza de unas obras de ajardinamiento sobre unos terrenos de 10.000 metros cuadrados y la construcción de un aparcamiento para 60 vehículos, todo ello en terrenos calificados como suelo no ur-

banizable agrícola de regadío, el TS indica que las obras a realizar exceden obviamente de cualquier vinculación con el uso agrícola y no pueden reputarse obras ordinarias, pues no se pueden realizar tales obras sin la realización de otras relativas a distribución de agua potable o de energía eléctrica, a las que se refiere el art. 70 RPU de 1978. Por ello, tales obras no pueden ser calificadas como obras ordinarias que el Ayuntamiento recurrente puede autorizar en base al art. 94 TRRL de 1986, desestimando, con ello, el recurso interpuesto.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

CONSUELO ALONSO GARCÍA

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

RUBÉN SERRANO LOZANO

ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

**XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Aguas continentales.** A) Abastecimiento a poblaciones: adjudicación de contrato improcedente por ausencia de motivación. B) Aguas privadas: inscripción en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal precedente. C) Regadíos: entrega de red de saneamiento y red de riego a una Comunidad de Regantes con defectos a reformar por la Administración. D) Sequía y sobreexplotación de acuíferos. **3. Aguas marítimas.** A) El deslinde declara dominio público marítimo-terrestre lo que por naturaleza es tal. B) Puertos. a) Las obras destinadas a garantizar la seguridad vial en el entorno del demanio portuario no precisan licencia municipal. b) Planes de utilización de espacios portuarios. a') El Plan de utilización de espacios portuarios constituye el instrumento de delimitación genérica de los usos del puerto, siempre con justificación suficiente. b') La aprobación estatal de un Plan de utilización de espacios portuarios no invade el ejercicio de competencias en materia de régimen local. c') El Plan de utilización de espacios portuarios no se subordina jerárquicamente al Plan especial del puerto, en el que deben concretarse los usos urbanísticos. C) Pesca marítima. a) Las ayudas a la actividad pesquera se otorgan *ob rem*, nunca *intuitu personae*. b) El otorgamiento o la denegación de los permisos de pesca deben estar suficientemente motivados. **4. Carreteras. 5. Minas: aprovechamiento de recursos minerales. 6. Montes: consorcio forestal. 7. Patrimonio cultural: diversas cuestiones. 8. Propiedades públicas. Régimen económico-financiero.** A) Aguas continentales: Canon de regulación y tarifas del agua: validez de determinados preceptos del Reglamento de Dominio Hidráulico de 1986. B) Exacciones por saneamiento impuestas por Entidades locales. C) Aguas marítimas: el respeto a la reserva de ley en materia de puertos por la Ley 27/1992 en la doctrina del Tribunal Constitucional. D) Minas: Canon de superficie de minas: posibilidad de actualizar su importe mediante genéricos aumentos previstos en leyes de presupuestos: los cambios operados por la Ley 25/1998. E) Otro dominio público: Tasas por utilización del dominio público radioeléctrico: la Audiencia Nacional plantea cuestión de inconstitucionalidad. F) Tasas por la utilización

del dominio público local: cajeros automáticos dispuestos con frente directo a la vía pública. G) Tributación de los bienes del Estado y otras Administraciones: el supuesto del IBI y las Universidades Públicas.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia núm. 1 a la 2150 del RA (cuadernillos 1 a 9 de 2005) y la Constitucional desde la Sentencia 69/2005, de 4 de abril, hasta la 139/2005, de 26 de mayo.

## 2. AGUAS CONTINENTALES

### A) Abastecimiento a poblaciones: adjudicación de contrato improcedente por ausencia de motivación

En la STS de 16 de diciembre de 2004, Ar. 882, se confirma la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana que había anulado la Resolución del Pleno de un Ayuntamiento recaída en 1996 por la que se adjudicaba el servicio de suministro de agua y de alcantarillado a la empresa “Seragua, SA”. Por tanto, el Tribunal de primera instancia dio la razón en parte a otra empresa que había recurrido en contra de esa decisión municipal, puesto que quedó demostrado que no existió un fundamento o un informe técnico de entidad que legitimase la controvertida adjudicación del servicio público de abastecimiento de agua. No puede considerarse suficiente la concurrencia de una mayoría surgida de la votación de los concejales pertenecientes a la Comisión Informativa de Hacienda del Municipio por no ser admisible la aplicación de un criterio puramente político en el ámbito de la contratación administrativa (FJ 3º). Es preciso que los actos discrecionales se motiven si se tiene en cuenta el art. 54.1.f) de la Ley 30/1992.

### B) Aguas privadas: inscripción en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal procedente

Es cierto que de la legislación procesal resulta que no cabe someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia en casación, pero como reconoce la STS de 12 de noviembre de 2004, Ar. 1932, ello no impide que puedan ser objeto de revisión en sede casacional distintos temas probatorios o relacionados con la prueba. En efecto, en el litigio que se pretende resolver se llega a la conclusión de que la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha impugnada erró en el fallo al considerar correctas las Resoluciones de la CH del Guadiana que denegaban la inscripción en el Registro de Aguas de un aprovechamiento temporal de aguas privadas que había sido solicitado por un particular conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera de la Lag. de 1985.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Como afirma el TS, no puede entenderse que no se acreditó suficientemente la existencia de un aprovechamiento de aguas privadas que traía causa de la legislación anterior (Lag. de 1879), ya que en la solicitud de inscripción de 1987 se adjuntó copia de la escritura de 1982 de compra de la finca en que está situado el pozo con destino a riego, se expresó su no afección a otros aprovechamientos existentes en la zona, a lo que hay que añadir que en el expediente consta la aportación de otros documentos como la certificación del Secretario de la Comunidad de Regantes del Acuífero de Alcázar de San Juan que declara que existen en esa parcela dos pozos hechos con anterioridad al 1 de enero de 1986, o la certificación de una empresa azucarera que recoge las cantidades de remolacha cultivadas y entregadas por el recurrente en las campañas 82-83, 83-84 y 84-85. Con todo ello, deben anularse las Resoluciones denegatorias de la inscripción, debiendo practicarse esta última.

### **C) Regadíos: entrega de red de saneamiento y red de riego a una Comunidad de Regantes con defectos a reformar por la Administración**

La STS de 9 de diciembre de 2004, Ar. 1875, confirma la Sentencia del TSJ de Castilla y León que había sido objeto de impugnación por la Comunidad de Regantes de la Margen Izquierda del Porma. La Sentencia de instancia daba la razón a la Comunidad de Regantes sólo en parte en relación a su pretensión, en concreto procedió a declarar anulable por infracción del art. 78 de la Ley de reforma y desarrollo agrario (Decreto 118/1973, de 12 de enero) la Resolución autonómica que realizaba la entrega definitiva de la red de saneamiento del sector V de la zona regable del embalse de Riaño, reconociéndose el derecho a que la Administración autonómica efectuase a su costa las obras de reforma necesarias según la prueba pericial (prueba que demostró que en la red de saneamiento había defectos generalizados, pues se detectaron acequias que no contaban con desagüe, otras que se desbordaban, otras que acababan en fincas, etc.)

Sin embargo, la Sentencia de instancia denegó con acierto según el TS la pretensión que ahora se reitera en casación por la Comunidad de Regantes de que se extinga el acuerdo por los defectos con que también cuenta la red de riego entregada por la Administración. Para el TS la entrega de la red de riego realizada en 1997 sólo fue de carácter provisional, por tanto no cabe impugnar una Resolución que posee la naturaleza de acto de trámite, habrá que esperar a que tenga lugar la entrega definitiva de la red de riego para poder actuar la posibilidad contenida en el art. 78 de la Ley de reforma y desarrollo agrario, referido a que si la obra no se ajusta a los proyectos puede impugnarse la Resolución con el fin de que se ejecuten las reformas necesarias a expensas de la Administración, o bien se dé por resuelto el compromiso si los defectos de la obra hiciesen a ésta del todo inadecuada para el uso a que se destina.

### **D) Sequía y sobreexplotación de acuíferos**

Siguiendo jurisprudencia anterior [así entre otras, SSTs de 18 de marzo de 1999 –crónica XII.3.I) del núm. 6 de esta Revista– y de 30 de junio de 2004 –crónica XII.3.H) del núm. 27 de *Justicia Administrativa*–] la STS de 2 de noviembre de 2004, Ar. 673, deniega el derecho a la indemnización reclamada por un particular –confirmándose de ese modo la

Sentencia de la AN recurrida—, puesto que dicha pretensión se basa en jurisprudencia del año 1996, que ha sido superada por reiteradas Sentencias posteriores. Estas últimas coinciden en señalar que no ha de hacerse distinción entre aguas privadas y públicas cuando se trata de aplicar medidas generales de limitación del uso del agua por extremada sequía, con base en el art. 56 de la Lag. de 1985 (posterior art. 58 del TR de Lag. de 2001). El RD 393/1988, de 22 de abril, que declaraba la sobreexplotación del acuífero 24 del Campo de Montiel, y las Resoluciones de la DGOH que lo siguieron de 1989 a 1991 —de las que se derivaba la prohibición de riego como medida temporal para afrontar una situación de fuerza mayor— no pueden considerarse como una privación singular indemnizable si se tiene en cuenta la Disposición Transitoria Tercera.4 de la Lag. de 1985 y 141.1 de la Ley 30/1992 (precepto este último que alude a cuándo en materia de responsabilidad estamos ante un deber jurídico que se ha de soportar).

De similar contenido se encuentran las **SSTS de 2 de noviembre de 2004**, Ar. 674, de la misma fecha que la anterior decisión judicial, aunque en este supuesto varía el recurrente (una entidad mercantil), y las campañas de riegos abarcadas por la reclamación de daños (1988 a 1996), y **de 31 de enero de 2005**, Ar. 1884.

### 3. AGUAS MARÍTIMAS

#### A) El deslinde declara dominio público marítimo-terrestre lo que por naturaleza es tal

El fin primordial de la potestad de deslinde consiste en la determinación de los límites del demanio costero y en la consecuente inclusión en la categoría de todo aquello que, por naturaleza y por reconocimiento legislativo, es tal. Es el caso, nuevamente recordado por la **STS de 25 de enero de 2005**, Ar. 1071, de las playas o zonas de depósito de materiales sueltos tales como arenas, gravas y guijarros, formadas por la acción del mar o del viento marino, o por otras causas naturales o artificiales [artículo 3.1.b) de la Ley de Costas]. A la vista de este tenor normativo, resulta improcedente manifestar como motivo de oposición a un deslinde que las arenas existentes en la zona litigiosa fueran depositadas allí por la mano del hombre: acaba de indicarse la indiferencia de su origen —natural o artificial—, siendo la única condición determinante su reconocibilidad como playa.

#### B) Puertos

##### a) Las obras destinadas a garantizar la seguridad vial en el entorno del demanio portuario no precisan licencia municipal

El artículo 19.3 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 1992 exime de la obligación genérica de obtener previa licencia municipal a las obras que realicen las Autoridades Portuarias en el dominio público portuario. Esta excepción, como recuerda la **STS de 1 de febrero de 2005**, Ar. 1128, resulta de aplicación a todas las infraestructuras que resulten precisas para el buen funcionamiento de los puertos, aunque en sí mismas

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

no conformen una instalación portuaria. Son los casos, contemplados en este pronunciamiento, de una glorieta viaria y de un aparcamiento que, al descongestionar el entorno portuario, facilitan el cumplimiento de las finalidades propias de un puerto.

### b) Planes de utilización de espacios portuarios

a') El Plan de utilización de espacios portuarios constituye el instrumento de delimitación genérica de los usos del puerto, siempre con justificación suficiente

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 15 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 1992 (hoy derogado por la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, que contiene, sin embargo, previsiones muy similares a aquél), correspondía a la Administración estatal la delimitación, en los puertos de su competencia, de una zona de servicio comprensiva de las superficies de agua y tierra necesarias para la realización de la actividad portuaria. Esta delimitación debía realizarse a través de un Plan de utilización de los espacios portuarios, en el que se incluirían, a grandes rasgos, los usos previstos para las diferentes zonas del puerto, así como la justificación de la necesidad o conveniencia de dichos usos. La ausencia de tal justificación (no apreciada en el supuesto enjuiciado por la STS de 25 de febrero 2004, Ar. 2103 de 2005, FJ 3º) determinaría su nulidad.

b') La aprobación estatal de un Plan de utilización de espacios portuarios no invade el ejercicio de competencias en materia de régimen local

Pues bien, en ningún momento la actuación por el Estado de esta previsión normativa supone, como pretendía un Ayuntamiento en el supuesto enjuiciado por la STS de 15 de febrero de 2005, Ar. 1673, la invasión de competencias autonómicas en materia de régimen local, menos aun la relativa a la delimitación de términos municipales. Es cierto, por supuesto, que el Plan de utilización de usos portuarios puede referirse al ámbito territorial de más de un municipio si la zona de servicios del puerto así se extiende, pero nunca cabe deducir de ahí un ejercicio ilegítimo de competencias en materia de delimitación territorial local. El contencioso territorial existente entre corporaciones locales ha de resolverse por la Administración autonómica, competente a los efectos, y su resultado obviamente tendrá transcendencia en el ámbito portuario, pero ni determinará la sustitución de los pronunciamientos dispositivos del meritado Plan ni tampoco la nulidad de sus contenidos, en la medida en que no presuponen ni condicionan la resolución de tal conflicto.

c') El Plan de utilización de espacios portuarios no se subordina jerárquicamente al Plan especial del puerto, en el que deben concretarse los usos urbanísticos

El mismo pronunciamiento al que acaba de aludirse (STS de 15 de febrero de 2005, Ar. 1673) proclama también la inexistencia de subordinación jerárquica entre los ya analizados Planes de utilización de espacios portuarios y los Planes especiales contemplados en el artículo 18 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 1992, cuyo

objetivo es regular los usos urbanísticos del espacio comprendido en la zona de servicio de los puertos, concretando así las previsiones genéricas de los primeros (STS de 25 de febrero de 2004, Ar. 2103 de 2005, FJ 1º). Como destaca el Tribunal, en caso de eventual coexistencia de ambos es el Plan especial el que, en lo atinente a la delimitación de la zona de servicios y a la designación pormenorizada de los distintos usos, debe partir de las determinaciones del Plan de utilización, y no incluir contenidos que supongan interferencia o perturbación en el ejercicio de competencias de explotación portuaria, Y ello porque el ámbito sobre el que recae aquél es, precisamente, la zona de servicios, y ésta es determinada exclusivamente por la Administración del Estado, sin que exista vulneración de competencia local alguna.

### **C) Pesca marítima**

#### **a) Las ayudas a la actividad pesquera se otorgan *ob rem*, nunca *intuitu personae***

El otorgamiento de ayudas financieras para el ejercicio de la actividad pesquera toma habitualmente como elemento de referencia el buque y sus condiciones –años, tonelaje, actividad, etc.–, nunca la persona que físicamente la recibe –armador, persona física o jurídica–. Por eso, es procedente minorar la cuantía de una ayuda estatal ya concedida si se comprueba su coexistencia temporal con otra comunitaria, otorgada al mismo buque aunque cobrada por un armador distinto, que posteriormente lo vendió al solicitante de aquella ayuda estatal que ahora se reduce. Así lo declara sin lugar a dudas la STS de 20 de diciembre de 2003, Ar. 2087 de 2005.

#### **b) El otorgamiento o la denegación de los permisos de pesca deben estar suficientemente motivados**

Como resolución administrativa que es, la decisión de la Administración pesquera de otorgar o denegar un permiso de captura de especies tiene que aportar motivación suficiente, preferiblemente conforme a criterios preestablecidos en los planes anuales de actividades pesqueras. La ausencia de los mismos determina la necesidad de que aquella Administración proceda al análisis individualizado de cada una de las solicitudes, y a su valoración conforme a una multiplicidad de factores –existencia de vacantes por baja de otros armadores, cobertura de las mismas por solicitantes de mejor derecho, situación de las especies, etc.–, resultando ésta la única manera de suplir un concurso público en competencia que permita discernir con transparencia e imparcialidad. Desde luego, el simple recurso a la ausencia de habitualidad de la pesca en la zona concreta para la que se solicitó el permiso, así como a la novedad del buque no resulta, ni mucho menos, justificación suficiente, debiendo haberse valorado adicionalmente aquellos condicionantes descritos y otros análogos (STS de 13 de octubre de 2004, Ar. 851 de 2005).

## **XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural**

### **4. CARRETERAS**

En este apartado, debemos mencionar en esta ocasión la **STS de 8 de marzo de 2005**, Ar. 1785, que estima el recurso de casación y anula la Sentencia del TSJ de Aragón de 2002, que había confirmado la Resolución del Ministerio de Fomento en relación con una autorización de obras de modificación de vía de servicios para acceso a un establecimiento de hostelería. El recurrente había sido la Estación de Servicio contigua al establecimiento de hostelería, que fue quien obtuvo la autorización administrativa.

El TS estima parcialmente el recurso y considera que se trata de un nuevo acceso, por lo que deben aplicarse los arts. 93 y siguientes (y, en concreto, el art. 94 y el 99) del Reglamento de Carreteras de 1977, en relación con lo dispuesto en el art. 28.3 de la Ley de Carreteras de 1988, y por lo tanto deben cumplirse las condiciones de seguridad establecidas en la Norma 4 de la Circular 306/89PP del Ministerio de Obras Públicas, que imponen unas determinadas distancias en estos casos, que aquí no se han respetado.

Por ello, el TS concede dos opciones al establecimiento de hostelería: o bien demoler las obras autorizadas, o bien añadir un carril a la calzada principal para respetar las distancias mencionadas.

### **5. MINAS: APROVECHAMIENTO DE RECURSOS MINERALES**

Las dos Sentencias que debemos destacar en esta ocasión se refieren al aprovechamiento de recursos minerales.

La primera es la **STS de 18 de enero de 2005**, Ar. 2, que confirma la Sentencia de instancia, que anuló las Resoluciones del Gobierno Vasco que otorgaban a una empresa una autorización de explotación de recursos de la Sección A) de la Ley de Minas de 1973.

En este caso, la Administración no comprobó la propiedad de los terrenos sobre los que se asentaba la cantera, por lo que incumplió lo establecido en los arts. 16.1 de la Ley de Minas de 1973 y 28.2 de su Reglamento de 1978, que otorgan derecho a aprovechar los recursos de la Sección A) al dueño de los terrenos.

En este caso, aunque se aportó a la sociedad recurrente la autorización minera, no se aportaron los terrenos, por lo que no es posible considerar como válida la autorización otorgada, al no contar la empresa demandante con titularidad alguna sobre los terrenos sobre los que se asienta la cantera.

Por otra parte, la **STS de 9 de marzo de 2005**, Ar. 1915, confirma el criterio de la STSJ de Extremadura de 2002 y considera correcta la decisión de la Junta Extremeña de declarar caducadas unas concesiones de explotación de recursos de la Sección C) de la Ley de Minas de 1973, por incumplimiento reiterado de los plazos, formas e intensidad de los trabajos aprobados en los planes de labores, y por paralizar los trabajos sin autorización

previa. Así se desprende de los Informes administrativos que obran en autos, y no desvirtuados en la fase probatoria del recurso.

Se aplica de este modo la causa de caducidad del art. 86.3 LMin. y art. 109.e) del Reglamento de Minas de 1978, y no la del art. 86.4 LMin. y art. 109.g) del Reglamento, como pretendía la parte recurrente, pues en este caso estamos ante el caso del incumplimiento grave de las obligaciones impuestas por los arts. 70 y 71 de la Ley de Minas.

## 6. MONTES: CONSORCIO FORESTAL

En este punto, comentamos en esta ocasión la **STS de 17 de diciembre de 2004**, Ar. 883 de 2005, que se refiere a un supuesto relativo a un consorcio para la repoblación y aprovechamiento forestal.

En este caso, el TS confirma la Sentencia del TSJ de Andalucía de 1999 y estima conforme a Derecho las Resoluciones del Instituto Andaluz de Reforma y Desarrollo Agrario, sobre resolución de un consorcio forestal e indemnización de daños y perjuicios a una empresa agraria, que es la ahora recurrente.

En concreto, el consorcio se había suscrito en 1952, entre el Patrimonio Forestal del Estado y el propietario del monte, y se mantuvo en vigor hasta 1993, en que el propietario solicitó la rescisión o resolución del mismo, y el abono de una indemnización de 318 millones de pesetas. El motivo de la solicitud de la rescisión fue que, según el recurrente, la Administración había incumplido reiteradamente las obligaciones pactadas en el consorcio, frente a lo cual el TSJ consideró que no se trataba de obligaciones principales, y por tanto, no determinaban la resolución del contrato.

En cuanto a la obligación de indemnizar, el TSJ consideró que la Administración actuó con la diligencia que impone el artículo 1104.2 del Código Civil, pues la repoblación con “pino pinaster” era la más apropiada en aquella época.

## 7. PATRIMONIO CULTURAL: DIVERSAS CUESTIONES

En este punto, debemos mencionar en primer lugar la **STS de 17 de junio de 2004**, Ar. 6 de 2005, que confirma la Sentencia del TSJ de Aragón de 1999 y dio la razón al Gobierno autonómico en relación con la solicitud por un particular de indemnización de daños y perjuicios por la ejecución sustitutoria de obras en un castillo situado en una localidad de la provincia de Zaragoza, y declarado como monumento histórico-artístico mediante Decreto de 3 de junio de 1931.

En opinión del TS, se ha aplicado aquí correctamente el art. 36 de la Ley de Patrimonio Histórico de 1985, que establece el deber de los propietarios de conservación de los bie-

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

nes integrantes del Patrimonio Histórico Español, pudiendo la Administración ordenar la ejecución subsidiaria si no se ejecutan por parte de los propietarios las actuaciones tendentes a cumplir el mencionado deber de conservación. No queda acreditado, en definitiva, que los daños que puedan existir en el edificio sean imputables a la Administración, por lo que el TS decide que no cabe estimar la solicitud de indemnización a la parte recurrente.

Por último, la STS de 10 de noviembre de 2004, Ar. 175 de 2005, confirma dos autos del TSJ de Extremadura de 2001, en relación con un incidente de ejecución de una Sentencia de este último Tribunal, de 1999, que estimó el recurso contencioso presentado frente a una Resolución de 1993 del Gobierno autonómico, que declaró un inmueble de Cáceres como bien de interés cultural, en aplicación del art. 15 de la Ley de Patrimonio Histórico de 1985.

En concreto, la STSJ de 1999 retrotrajo el procedimiento de declaración al momento de aprobación del acuerdo de incoación del expediente, que deberá contener, además de la descripción del inmueble, la delimitación motivada de la zona afectada, debiéndose notificar además a todos los interesados. La Administración realizó posteriormente varias actuaciones para la ejecución de la Sentencia, que el TS considera que son correctas, debiendo limitarse a analizar si lo resuelto en el fallo de la Sentencia objeto del incidente de ejecución y lo ejecutado en cumplimiento del mismo es adecuado a Derecho o no. Y en este caso sí lo es, según el Tribunal Supremo.

### 8. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO

#### A) Aguas continentales: Canon de regulación y tarifas del agua: validez de determinados preceptos del Reglamento de Dominio Hidráulico de 1986

El Tribunal Supremo sigue resolviendo cuestiones de ilegalidad planteadas en relación con determinados preceptos del Reglamento de Dominio Hidráulico de 1986. Se trata de la STS de 25 de enero de 2005, RJ 1097. Recuérdese que anteriormente el TS se ha pronunciado sobre diversos apartados reglamentarios en Sentencias de 26 de enero de 2004 y 28 de septiembre de 2004, RJ 6014. El Alto Tribunal declara nula la frase “provisionalmente y a cuenta” que figura en el párrafo 2º de los arts. 303 y 310 de dicho Reglamento, confirmando lo que declaró en la primera de las sentencias nombradas arriba.

Le preocupa al Tribunal Supremo que no queden dudas sobre la coherencia de las sentencias que va dictando sobre la validez de estos preceptos. A su explicación dedica el fundamento jurídico tercero de la sentencia.

#### B) Exacciones por saneamiento impuestas por Entidades locales

La STSJ del País Vasco de 30 de julio de 2004, JT 255, acoge los argumentos del Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, estimando las razones de la Administración frente a la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Bilbao.

Se dilucidaba la sujeción a derecho del denominado “recargo de saneamiento”, exigido a los usuarios con ocasión del cobro del recibo correspondiente al suministro domiciliario de agua.

La sala realiza un minucioso estudio en orden a diferenciar la potestad tributaria y la tarifaria, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo. No quisiéramos destacar tanto esta cuestión, como el hecho de que, sin perjuicio de la progresiva generalización de los cánones autonómicos de saneamiento, hay entidades locales que siguen exigiendo tributos para financiar esta actividad, dado que son ellas las que siguen prestando el servicio.

### **C) Aguas marítimas: el respeto a la reserva de ley en materia de puertos por la Ley 27/1992 en la doctrina del Tribunal Constitucional**

El Tribunal Constitucional comienza a resolver las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por diversos jueces y tribunales sobre varios apartados del art. 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en su redacción original y en la dada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre), por posible vulneración del art. 31.3 de la Constitución. Con su doctrina continúa esclareciendo el régimen jurídico-financiero de los puertos, tarea comenzada con la Sentencia 63/2003 respecto de una ley anterior a la que ahora se examinaba.

Así, estimará las cuestiones de inconstitucionalidad núm. 6277-2002, planteada por la Sección Segunda de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y núm. 1418-2003, planteadas por la sección octava de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se trata, respectivamente, de las **SSTC 102 y 121/2005, de 20 de abril y 10 de mayo de 2005**. Por diversos motivos que no ha lugar comentar, inadmite la núm. 406-2000 que había planteado el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Oviedo. Se trata de la **STC 122/2005, de 11 de mayo**.

Las dudas de constitucionalidad se predicán de la consideración legal de precios privados de las “tarifas” por servicios portuarios y, vinculado a ello, la atribución de competencias al Ministro del ramo para la fijación de su importe mediante el establecimiento de mínimos y máximos. Precisamente el litigio se inició en relación con una Orden Ministerial de 13 de abril de 1993.

Dice el Tribunal Constitucional que dicha Orden regulaba tarifas que constituían verdaderas prestaciones patrimoniales de carácter público, referidas a actividades realizadas en régimen de monopolio o a la utilización del dominio público portuario. Y, en concreto, son tributos. Sentado esto, examina la atribución de competencias al Ministro a la luz del principio de reserva de ley. A su entender, el hecho constatado de que la norma legal no establezca ningún límite máximo implícito o explícito a la cuantía de las tarifas de los servicios portuarios, dejando entera libertad al Ministro, no es compatible con la reserva de ley tributaria.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Asimismo, considera inconstitucional la calificación como precios privados de lo que constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público.

Fuera de la jurisdicción constitucional, siguen produciéndose resoluciones. Algunas son estimatorias, en torno a la normativa no ajustada a las exigencias de la reserva de ley. Así STSJ de Cataluña de 13 de diciembre de 2004, JT 2005, 190, en relación con la tarifa T-3.

En cambio, las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de marzo de 2004, JT 2005, 228, 17 de marzo de 2004, JT 2005, 227, y 8 de noviembre de 2004, JT 269, desestiman los recursos interpuestos contra liquidaciones de tasas regionales por tarifa portuaria G-5 (embarcaciones deportivas y de recreo), por considerar que la ley autonómica que las regulaba era respetuosa con el principio de reserva de ley.

### **D) Minas: Canon de superficie de minas: posibilidad de actualizar su importe mediante genéricos aumentos previstos en leyes de presupuestos: los cambios operados por la Ley 25/1998**

Ha sido un debate tradicional si el importe de la prestación correspondiente a esta tasa fiscal se actualizaría a través de la previsión genérica de la ley de presupuestos en orden a elevar en un porcentaje representativo del IPC la cuantía exigible el año anterior. Como se ha expuesto en comentarios anteriores, las salas de los Tribunales no presentan unanimidad en sus pronunciamientos. El TSJ de Castilla-La Mancha entiende que esa previsión sería aplicable sólo respecto de los preceptos reguladores de la cuantía de las tasas que contuvieran esa previsión, no siéndolo, en cambio, respecto de los casos en que no exista ese instrumento habilitante. Y eso es lo que ocurre a su parecer con el canon de superficie de minas. El caso de autos se refiere a liquidaciones del año 1998 y es resuelto por la STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de julio de 2004, JT 756.

La Audiencia Nacional había mantenido esta misma doctrina. No obstante ello, en su SAN de 8 de noviembre de 2004, JT 1490, advierte que esta posibilidad de actualización mediante la Ley de Presupuestos se fija a partir del año 1998. Hasta entonces, el canon de minas no contaba con esa ley sustantiva que lo previera, pero la situación cambia con la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificaciones del Régimen legal de tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, al autorizar su Disposición Final Segunda expresamente a las Leyes de Presupuestos la modificación de la cuantía de dicho canon. Dado que esta modificación entra en vigor el día 14 de julio de 1998, se plantea la cuestión de si esto se aplicaría ya sobre el tributo correspondiente al año 1998, a la vista de la Ley de Presupuestos para este año, que se aprobó en Diciembre de 1997. Dice la Audiencia Nacional que a tal cuestión viene a dar respuesta la Disposición Adicional Tercera de la citada Ley 25/1998, al establecer que la cuantía exigible por las tasas reguladas en el Título I de esta Ley serán las resultantes de aplicar a las vigentes durante 1997 el coeficiente de actualización previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1998.

Como se ve, la solución que la Audiencia Nacional ofrece para 1998 es la contraria a la que mantuvo el TSJ de Castilla-La Mancha.

**E) Otro dominio público: Tasas por utilización del dominio público radioeléctrico: la Audiencia Nacional plantea cuestión de inconstitucionalidad**

La Audiencia Nacional, mediante Auto de 18 de febrero de 2004, JT 2005, 273, ha planteado cuestión de inconstitucionalidad por entender que la reforma llevada a cabo en su regulación por la Ley de acompañamiento a los Presupuestos Generales del año 2001 pudiera vulnerar los arts. 9.3, 31.3 y 38 de la Constitución. Ello trae causa del recurso contencioso-administrativo presentado ante este Tribunal por la entidad Antena 3 de televisión contra la resolución desestimatoria del Tribunal Económico-Administrativo Central y cuyo procedimiento se había iniciado a causa de una elevación en el importe de la tasa que la misma Audiencia Nacional tacha de “desproporcionado”.

**F) Tasas por la utilización del dominio público local: cajeros automáticos dispuestos con frente directo a la vía pública**

La STSJ de Valencia de 17 de mayo de 2004, JT 1676, se refiere de nuevo a esta tipología de tasas que ya ha sido objeto de nuestros comentarios en otras ocasiones. Esta vez, el TSJ dará la razón al sujeto pasivo, desestimando el recurso de apelación que plantea el Ayuntamiento, dado que ya el Juzgado de lo Contencioso había estimado los argumentos de la entidad financiera. Como se recordará, el sentido de diversas sentencias que son contradictorias entre sí depende de que se realice una interpretación más o menos amplia de qué sea “uso común especial” del dominio público. Está claro que el TSJ de Valencia considera que en el caso de autos no había más uso que el común general.

Lo preocupante a nuestro entender de esta sentencia es cómo entiende esta Sala el listado de supuestos de utilización de dominio público que pueden acarrear la imposición de una tasa y que figura en el art. 20 del ahora Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales. A su entender ese catálogo funciona como un *numerus clausus* y destaca que en el mismo no figura la instalación de cajeros automáticos que se encuentren ubicados en las fachadas de las entidades de crédito.

**G) Tributación de los bienes del Estado y otras Administraciones: el supuesto del IBI y las Universidades Públicas**

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de diciembre de 2003, JT 2004, 1283, revoca otra del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de León, consecuencia del recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento titular del tributo. El Juzgado había considerado aplicable a la Universidad el mismo régimen que a las Fundaciones, de lo que se deducía la exención en el IBI *ex* art. 58.1 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y Mecenazgo, en conexión con el art. 53.4 de la Ley de Reforma Universitaria de 1983 (LRU). Por lo tanto anuló las liquidaciones practicadas en relación con diversas instalaciones del campus universitario. La Sala de Valladolid acoge uno de los argumentos del recurso, a la vista también de la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 31 de diciembre de 2002, RJ 2003, 918). En efecto, considera que aquella Ley de

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Fundaciones sólo se refiere a las Universidades Públicas en una Disposición Adicional –la Sexta– y que no existe precepto legal que reconozca el carácter benéfico-docente de las Universidades. Por lo tanto, estima el recurso.

Solución distinta aparece en la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 de abril de 2004, JT 1418, referida al mismo Ayuntamiento, a la misma Universidad, y habiendo seguido el mismo camino procesal. El TSJ desestima el recurso de apelación, reconociendo el derecho de la Universidad mediante una enjundiosa interpretación conjunta de las diversas disposiciones que se encontraban en juego. Aunque no afecte al caso, interesa la advertencia que realiza la Sala de que la Ley Orgánica de Universidades confirma implícitamente la interpretación ahora sostenida, deja sin efecto la derogación de los beneficios fiscales de la LRU y vuelve a reconocer pro futuro importantes exenciones y beneficios fiscales a favor de las Universidades.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

ELOY COLOM PIAZUELO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRD

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO



**XIII. MEDIO AMBIENTE****Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las****Comunidades Europeas.** A) Evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente.

Puerto turístico y condiciones para que sea sometida su construcción a previa evaluación de impacto ambiental. Incumplimiento por la República Italiana. B) El concepto de plazo razonable para la aplicación de una Directiva. Contaminación de las aguas (Directiva 76/464/CE). Incumplimiento de Irlanda. C) Residuos, su transporte y recogida por la propia empresa que los produce. Condiciones idénticas a las empresas que realizan esa actividad por cuenta de terceros. Incumplimiento de la República Italiana. D) Conservación de la fauna. Períodos de caza y la caza a contrapasa de la paloma torcaz en la provincia de Guipúzcoa. Incumplimiento de España. E) La adaptación a la mejor tecnología disponible. Condiciones, en particular en relación a los costes de adaptación a esa tecnología. Incumplimiento de Grecia en relación a contaminación atmosférica de instalaciones industriales.

**3. Actividades clasificadas.** A) La solicitud de licencia para la explotación de áridos calcáreos en suelo no urbanizable por quien ostenta la titularidad de un complejo empresarial dedicado a las actividades extractivas, es una actuación gravemente negligente que exonera de responsabilidad al Ayuntamiento otorgante de la licencia al ser anulada ésta por considerarla lesiva a los intereses públicos. **4. Espacios Naturales Protegidos.**

A) Las limitaciones de derechos derivados de la mera inclusión de una finca en el Parque Natural no hace surgir por sí sola el derecho a indemnización, sino que es necesario que los daños sean instrumentados en los PRUG. B) Inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 3/1999, de 11 de enero, por la que se crea el Parque Nacional de Sierra Nevada. C) Vulneración de las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía por diversos apartados del anexo del RD 1803/1999, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el Plan director de la red de parques nacionales. **5 Especies protegidas.**

**La prohibición de la caza por razón de protección de especies en peligro de extinción hace surgir el derecho a indemnización por la pérdida de ingresos derivados de la acti-**

**vidad cinegética. 6. Fiscalidad medioambiental.** A) Aguas continentales: los Cánones de saneamiento y su distinción del canon de control de vertidos.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida durante los meses de junio y julio de 2005; la del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia núm. 1 a la 2150 (cuadernillos 1 a 9 de 2005) y la Constitucional desde la Sentencia 69/2005, de 4 de abril, hasta la 139, 2005, de 26 de mayo.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

### A) Evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente. Puerto turístico y condiciones para que sea sometida su construcción a previa evaluación de impacto ambiental. Incumplimiento por la República Italiana

La STJCE de 2 de junio de 2005 (Sala Sexta), recaída en el asunto C-83/03, tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto con arreglo al artículo 226 CE por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana a la que imputa incumplir las obligaciones que le incumben en función de lo preceptuado por el artículo 4.2 de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio, de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. En concreto la Comisión indica que Italia no ha verificado correctamente si el proyecto de construcción de un puerto turístico en Fossacesia (Chieti), incluido en la lista del anexo II de dicha Directiva, presentaba características que hacían necesaria la iniciación de un procedimiento de evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente. Como se puede recordar, las actividades incluidas en el Anexo II de la Directiva, deben ser objeto de un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, si por sus características lo exigen, a cuyos efectos los Estados pueden establecer criterios o umbrales con los que se decida si se debe proceder a tal evaluación.

De la información proporcionada por la Sentencia se deduce que la normativa italiana sobre el particular distingue entre puertos cuya superficie de flotación es superior a 10 hectáreas, aquellos en los que su superficie terrestre supera las 5 hectáreas o en los que sus muelles tienen una longitud superior a 500 metros. Todos estos deben ser objeto, automáticamente, del procedimiento de evaluación de impacto ambiental previsto por la Directiva. Los que no superan esas medidas, deben ser objeto de un examen *ad hoc* para determinar si resulta necesario, o no, tal procedimiento.

### XIII. Medio Ambiente

Pues bien, lo que se deduce de los hechos es que el órgano administrativo competente (la Región) autorizó la construcción del puerto mencionado sin llevar a cabo ese procedimiento previo, lo que reconoce el propio Estado italiano en el proceso abierto ante el Tribunal comunitario. El Tribunal constata, entonces, que cuando un Estado haciendo uso de lo que dispone el artículo 4.2 de la Directiva 85/337/CEE instaura un procedimiento para juzgar cuándo una actuación debe ser merecedora de una evaluación de impacto ambiental, la infracción de esas normas estatales es, a su vez, una infracción de la Directiva. Es obvio, entonces, que se ha producido tanto una violación de la Directiva como del propio derecho nacional y desde esta última perspectiva, si se hubieran utilizado las vías de recurso que dispone el derecho interno (cuestión que parece que no sucedió así), se podría haber remediado la situación, también desde la perspectiva del derecho comunitario.

#### **B) El concepto de plazo razonable para la aplicación de una Directiva. Contaminación de las aguas (Directiva 76/464/CE). Incumplimiento de Irlanda**

La STJCE de 2 de junio de 2005 (Sala segunda), recaída en el asunto C-282/02, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE por la Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda, aporta una interesante interpretación sobre el plazo en el que deben aplicarse por los Estados las Directivas comunitarias que, precisamente, no han establecido expresamente tal plazo.

La Comisión reprocha a Irlanda que ha incumplido diversas obligaciones que le incumben en relación a la Directiva 76/464/CEE del Consejo, de 4 de mayo de 1976, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad (en particular, las establecidas en sus artículos 7 y 9). Tiene interés que se indique que el procedimiento se inicia el 4 de febrero de 1991, cuando la Comisión remite a Irlanda un escrito que, tras diversas actuaciones, dará lugar en 1997 (seis años después, nada menos) a un dictamen motivado en el que se reprocha a este país la falta de programas precisos de reducción de la contaminación, la falta de comunicación de estos programas y de los resultados de su aplicación de manera resumida, omisiones en cuanto a métodos de ejecución (en concreto, los objetivos de calidad, las autorizaciones y las normas de emisión) y el hecho de no haber impedido la aparición y el empeoramiento de una contaminación generalizada de las aguas dulces causada por el fósforo.

Tras nuevos intercambios de información entre Irlanda y la Comisión, Irlanda notifica a la Comisión la existencia de un Reglamento de 30 de enero de 2001 relativo a la calidad de las aguas-sustancias peligrosas. Finalmente, la Comisión interpuso el 31 de julio de 2002 (once años después, nótese esta referencia temporal, de iniciarse las actuaciones) el recurso que da lugar a la Sentencia que se comenta.

Pues bien, al margen de otras cuestiones, me parece que lo más interesante de esta Sentencia son los criterios de interpretación que se sientan en torno al plazo en el que deben de aplicarse por los Estados las obligaciones impuestas por una Directiva que no señala expresamente plazos para ello como es el caso de la Directiva 76/464/CEE.

El Tribunal, basándose en el artículo 12.2 de la Directiva, que establece que, de ser posible, en un plazo de 27 meses desde su notificación, la Comisión debe transmitir las primeras propuestas formuladas en aplicación del apartado 7 del artículo 7, deduce que existía una voluntad clara en la Directiva de propiciar una pronta aplicación de la misma. Es evidente, por otra parte, que la ausencia de plazo no puede conducir a una auténtica discrecionalidad de los Estados para aplicar o no tal Directiva, pues si se defendiera tal opción, la Directiva sería perfectamente inútil, conclusión que por absurda y contraria a los principios medioambientales del Tratado debe desecharse. Es claro, en conclusión, que su aplicación debe hacerse en un “plazo razonable” (apartado 31 de la Sentencia).

La cuestión es decidir qué es un plazo razonable. A esos efectos el Tribunal recuerda que la Comisión mediante un escrito de 3 de noviembre de 1976 propuso a los Estados miembros como fecha límite para la ejecución de la Directiva mencionada, el 15 de septiembre de 1978, en lo relativo al sistema de autorización; el 15 de septiembre de 1981, en lo relativo a la adopción de los programas de reducción de la contaminación causada por las sustancias incluidas en la lista II y el 15 de septiembre de 1986 para la ejecución de esos programas. Irlanda no discutió esas fechas. En conclusión, el Tribunal establece la siguiente doctrina:

“A la luz de estas consideraciones es preciso afirmar que, aunque, a diferencia de la práctica habitual, la Directiva no fija un plazo para la adaptación del Derecho interno a sus disposiciones, ello no significa que los Estados miembros puedan adoptar libremente las medidas destinadas a su ejecución en los plazos que consideren adecuados. Pues bien, habida cuenta de la necesidad de garantizar el efecto útil de la Directiva y del hecho de que Irlanda no se opuso, en su momento, a las fechas propuestas por la Comisión para aplicar progresivamente dicha Directiva, dicho Estado miembro estaba obligado a adaptar su Derecho Interno a la Directiva en un plazo razonable” (apartado 33). Y, en consecuencia: “Procede considerar que al incoarse el procedimiento administrativo previo (recordamos que fue en 1991), ya había transcurrido un plazo razonable para la adaptación del Derecho interno a la Directiva” (apartado 34).

### **C) Residuos, su transporte y recogida por la propia empresa que los produce. Condiciones idénticas a las empresas que realizan esa actividad por cuenta de terceros. Incumplimiento de la República Italiana**

La STJCE de 9 de junio de 2005 (Sala Tercera), recaída en el asunto C-270/03, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana, declara el incumplimiento de este país de diversos artículos de la Directiva 75/442/CEE, del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos, en su versión modificada por la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991, al permitir a las empresas efectuar la recogida y el transporte de sus propios residuos no peligrosos como actividad ordinaria y habitual sin estar obligadas a inscribirse en un Registro Nacional de empresas que prestan servicios de eliminación de residuos y transportar sus propios residuos peligrosos en cantidades inferiores a 30 kilogramos o 30 litros diarios sin estar obligadas, igualmente, a inscribir-

se en dicho Registro. Esta actividad permisiva italiana se fundamenta en el Decreto-Ley núm. 22, de 5 de febrero de 1997, que es el objeto del recurso por incumplimiento.

La interpretación del Tribunal va a ser clara: aun cuando el Decreto-Ley citado permite la exención de la obligación de inscripción en el Registro a las empresas que recogen y transportan sus propios residuos, el concepto utilizado por el artículo 12 de la Directiva de “empresa que efectúa con carácter profesional la recogida o el transporte de residuos” comprende no sólo a quien transporta en el marco de su profesión de transportista residuos producidos por terceros sino también a quien, aun cuando no ejerza la profesión de transportista, transporte, en el marco de su propia actividad profesional, los residuos que él mismo haya producido” (apartado 23 de la Sentencia con antecedentes en el Auto del Tribunal de Justicia de 29 de mayo de 2001 “Caterino”). Eso quiere decir que existen idénticas obligaciones de Registro sin que, por otra parte, haya fundamento en la Directiva para las aportaciones del Decreto-Ley italiano en torno a las cantidades mínimas sólo a partir de las cuales sería necesaria la inscripción en el caso de recogida y transporte de residuos peligrosos.

#### **D) Conservación de la fauna. Períodos de caza y la caza a contrapasa de la paloma torcaz en la provincia de Guipúzcoa. Incumplimiento de España**

La STJCE de 9 de junio de 2005 (Sala segunda), recaída en el asunto C-135/04, va a declarar el incumplimiento del Reino de España de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 7.4 de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres, al autorizar la práctica de la caza a contrapasa de la paloma torcaz en la provincia de Guipúzcoa.

El artículo 7.4 de la Directiva citada, en los párrafos aplicables al caso, obliga a los Estados a que velen para que “las especies a las que se aplica la legislación de caza no sean cazadas durante la época de anidar ni durante los distintos estados de reproducción y de crianza. Cuando se trate de especies migratorias, velarán en particular, por que las especies a las que se aplica la legislación de caza no sean cazadas durante su período de reproducción ni durante su trayecto de regreso hacia su lugar de nidificación”. Por otra parte, el artículo 9.1 de la Directiva autoriza a los Estados a que introduzcan excepciones “si no hubiese otra solución satisfactoria” a las obligaciones del artículo 7, ente otros objetivos, “para permitir, en condiciones estrictamente controladas y de un modo selectivo, la captura, la retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas aves en pequeñas cantidades”.

Pues bien, las actuaciones de la Comisión se iniciaron en febrero de 1998 tras recibir una denuncia relativa a la autorización de la caza de la paloma torcaz en la provincia de Guipúzcoa en la modalidad de contrapasa. Tras solicitar información y realizar otros trámites, el Estado español respondió aduciendo la presión popular para que se autorizara esta modalidad y que esta especie no estaba en regresión; el número de palomas cazadas en 1998 y 1999, por otra parte, respetaba los principios de una utilización razonable y una regulación equilibrada de la especie de que se trata según el mismo Estado español.

Sin embargo la Comisión, considerando no válidas las explicaciones españolas, remitió el 8 de febrero de 2000 un dictamen motivado al Reino de España concediéndole un plazo de dos meses para que adoptara las medidas necesarias para ajustarse al mismo. Como esto fue incumplido, la Comisión decidió presentar el recurso que da lugar a esta sentencia.

El Tribunal indicará en su Sentencia que la paloma torcaz es una especie susceptible de caza según el Anexo II de la Directiva pero a la que, también, se le aplica lo preceptuado en el artículo 7.4, es decir, la prohibición de caza durante la vuelta a su lugar de nidificación como especie migratoria que es. La excepción del artículo 9.1 no puede aplicarse en este caso puesto que el período abierto para la caza de la paloma torcaz, coincide innecesariamente con los períodos durante los que la Directiva pretende ofrecer una protección particular. De hecho lo que se está haciendo con tal autorización de caza es prorrogar los períodos de caza ordinarios de la paloma torcaz en la provincia de Guipúzcoa que es un territorio único y que ya es objeto de visita de esta especie durante el período ordinario de caza. Eso quiere decir que la modalidad de caza a contrapasa es contraria al artículo 7.4 de la Directiva.

**E) La adaptación a la mejor tecnología disponible. Condiciones, en particular en relación a los costes de adaptación a esa tecnología. Incumplimiento de Grecia en relación a contaminación atmosférica de instalaciones industriales**

La STJCE de 7 de julio de 2005 (Sala Segunda), recaída en el asunto C-364/03, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Helénica en un recurso por incumplimiento interpuesto por la primera, plantea interesantes cuestiones en torno a la adaptación a las mejoras de la técnica en relación a la Directiva 84/360/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1984, relativa a la lucha contra la contaminación atmosférica procedente de las instalaciones industriales. El resultado de la Sentencia será una condena a Grecia por no haber definido políticas ni estrategias para adaptar progresivamente a la mejor tecnología disponible las turbinas de gas de la central de una Sociedad pública denominada Dimosia Epicheirisi Ilektrismou (en lo sucesivo DEI) situada en la isla de Creta.

Recordemos que según el artículo 13 de la Directiva 84/360/CEE los Estados miembros deben aplicar políticas y estrategias, incluyendo medidas adecuadas para adaptar progresivamente las instalaciones existentes (que son para la Directiva las que estén en funcionamiento antes del 1 de julio de 1987 o construido o autorizado antes de esa fecha) teniendo en cuenta las características de la instalación, el índice de utilización y el período de vida residual de la instalación, la naturaleza y el volumen de las emisiones contaminantes de la instalación y la conveniencia de que no ocasionen gastos excesivos a las instalaciones de que se trate, en atención en particular a la situación económica de las empresas pertenecientes a la categoría considerada. Pues bien, la Comisión reprocha a Grecia que no haya instaurado dichas políticas en atención a la central eléctrica

### XIII. Medio Ambiente

indicada pues, en opinión de la Comisión, funciona utilizando “una tecnología vetusta y muy contaminante”.

En la discusión entablada entre la Comisión y la República Helénica y de la que se hace eco la Sentencia, resultan un conjunto de argumentos centrados en torno a la cuestión de qué significa la adaptación a la mejor tecnología existente, lo que se va a reflejar en este comentario en las líneas más interesantes.

En primer lugar, el Tribunal niega la discrecionalidad de los Estados en la búsqueda de esas medidas adecuadas. Estima el Tribunal que los Estados pueden disponer de “cierta facultad de apreciación”, sí, pero en todo caso deben proceder “de manera progresiva a la adaptación de las instalaciones a que se refiere la referida Directiva a la tecnología mencionada en la medida en que ésta vaya evolucionando” (apartado 30).

De particular interés es el rechazo radical a la afirmación básica del Gobierno griego: dado que la situación medioambiental del lugar en el que se encuentra la central es excelente, no habría que implementar medidas especiales. Al contrario: el Tribunal afirma que la obligación de ir a la mejor tecnología disponible no depende de la situación medioambiental general de la zona en la que se encuentre la instalación sino que es una obligación objetiva, no dependiente en modo alguno de condiciones locales ambientales (apartado 34 de la Sentencia). En todo caso el reproche de la Comisión no es que no se hayan implementado medidas especiales, sino que no se hayan elaborado por la República Helénica una estrategia y política destinadas a facilitar la adaptación a las mejores tecnologías disponibles (apartado 38).

Dentro de los elementos de prueba argüidos por la Comisión para sustentar su postura y utilizados posteriormente por el Tribunal, destaca la referencia a que el gasóleo utilizado por la central para producir electricidad tiene un alto contenido en azufre, un 2 por 100, sensiblemente superior al existente y disponible en el mercado, que es del 0'4 por 100, y que sobrepasa igualmente el porcentaje del gasóleo que se utiliza en las instalaciones de la zona de Atenas y que es del 0'7 por 100.

En relación a esta cuestión el Gobierno griego aduce que utilizar este gasóleo implicaría unos costes excesivos y que esa referencia a los costes excesivos ampararía, según el artículo 13 de la Directiva referida, el no acudir a los mismos. Para el Tribunal, sin embargo, no se producirían tales costes excesivos, cuestión que se prueba indicando que los costes de inversión serían de 3 millones de euros y los costes de adquisición del nuevo gasóleo de 6 millones de euros anuales. Eso no es excesivo, dice el Tribunal, si se tiene en cuenta que la empresa tiene 6'7 millones de clientes. Advertimos, como comentario singular, que el Tribunal utiliza la referencia a los clientes del conjunto de la empresa pública, no de la instalación específica de la isla de Creta que es la discutida, cuestión que debería haber merecido una consideración mayor en la Sentencia pues se produce un salto conceptual de un proceso de razonamiento referido exclusivamente a la instalación a otro referido a la Sociedad titular de la instalación. En todo caso el artículo 13 de la Directiva hace una referencia a la situación económica de las empresas, sí, pero queda, en nuestra opinión, pendiente la cuestión de relacionar de una mejor forma jurídica cada una de las

instalaciones de una empresa con los costes que para dicha instalación representa la adaptación a la mejor tecnología disponible, al margen de la situación general de la empresa. En concreto debería sacarse la correspondiente consecuencia al hecho, posible, de que la adaptación a la mejor tecnología disponible de una instalación convirtiera ésta en no rentable, en fuente generadora de déficit permanente, al margen de la situación general de la empresa. Un proceso subsiguiente de adaptación de distintas instalaciones de una empresa que estuvieran en esta situación, podría llegar a trastocar la situación económica general de la misma empresa, tema que debería ser objeto de alguna consideración en algún momento por el Tribunal.

Por último, y pese a que el Gobierno griego aduce que se ha creado un programa de vigilancia y control de las instalaciones, el Tribunal no le da ninguna importancia en cuanto a que dicho programa no se ha traducido en medidas, políticas o estrategias específicas en relación a las obligaciones impuestas por la Directiva. Igualmente y pese al propósito manifestado por el Gobierno griego de trasladar la central, ello es indiferente a los ojos de la Directiva, dice el Tribunal, pues una puesta fuera de servicio de la central a producirse hipotéticamente en el futuro no constituye una medida de adaptación a la mejor tecnología disponible.

### 3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

#### **A) La solicitud de licencia para la explotación de áridos calcáreos en suelo no urbanizable por quien ostenta la titularidad de un complejo empresarial dedicado a las actividades extractivas, es una actuación gravemente negligente que exonera de responsabilidad al Ayuntamiento otorgante de la licencia al ser anulada ésta por considerarla lesiva a los intereses públicos**

El TS en su STS de 20 de enero de 2005, Ar. 719, estima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Gélida (Barcelona) contra la sentencia del TSJ de Cataluña que había condenado a éste a que abonase a los actores una indemnización por responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento al conceder a éstos las licencias de obras y de actividad para la extracción, trituración y clasificación de áridos, licencias que previa declaración de lesividad fueron anuladas posteriormente por el TSJ de Cataluña.

Fundamenta el Tribunal su decisión de exonerar al Ayuntamiento de responsabilidad patrimonial al considerar en su FJ 5º que fue exclusivamente la grave conducta negligente de los solicitantes de las licencias, al solicitar éstas sabedores de que no concurrían los presupuestos normativamente exigibles para su concesión, la que determinó que posteriormente las licencias hubieran tenido que ser anuladas. Considera el Tribunal que debe reputarse de negligencia grave la actuación de quien solicita una licencia de actividades para la apertura de una pedrera en suelo clasificado como no urbanizable, sin tener la autorización de la Comisión de Urbanismo de Barcelona que posteriormente fue denegada, por cuanto que, como ya se reconocía en la sentencia de instancia, no es creíble en modo alguno que los actores en su condición de ostentar la titularidad de un complejo empre-

### XIII. Medio Ambiente

sarial dedicado precisamente a las actividades extractivas, ignorasen que sus peticiones de licencias carecían del necesario soporte legal en el momento de presentar sus solicitudes, y que pese a ello se aprovecharon de unas licencias cuya concesión no era procedente.

#### 4. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

##### **A) Las limitaciones de derechos derivados de la mera inclusión de una finca en el Parque Natural no hace surgir por sí sola el derecho a indemnización, sino que es necesario que los daños sean instrumentados en los PRUG**

La recurrente en casación presentó en su día diversas peticiones para la ejecución de proyectos de restauración vegetal, construcción de refugio, muro de piedra y naves de ganado, así como para actividades de ocio con puntos estratégicos para caza en una finca de su propiedad, peticiones que fueron denegadas al estar incluida la finca en el Parque Natural de Doramas como consecuencia de haberse reclasificados los Espacios Naturales de Canarias por la Ley 12/1994, de 19 de diciembre. Considerando la actora que no obstante se veían limitados sus derechos, solicitó de la Consejería competente la iniciación de un expediente indemnizatorio, petición que denegada por silencio administrativo, dio lugar a la sustanciación de un recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de Canarias que fue desestimado. Interpuesto el correspondiente recurso de casación, el TS declara en su **STS de 20 de diciembre de 2004**, Ar. 1879 de 2005, no haber lugar el mismo al entender que la mera inclusión de la finca en el Parque Natural no es suficiente para que haya derecho a indemnización, sino que es necesario que los daños sean instrumentados en su caso en los Planes Rectores de Uso y Gestión (PRUG) que desarrollen la protección establecida en la Ley de Declaración de Espacios Naturales, lo que no había ocurrido cuando se formuló la petición en vía administrativa.

##### **B) Inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 3/1999, de 11 de enero, por la que se crea el Parque Nacional de Sierra Nevada**

Los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Parlamento y el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra determinados preceptos de la Ley 3/1999, de 11 de enero, por la que se crea el Parque Nacional de Sierra Nevada, han sido resueltos por las **SSTC 81/2005, de 6 de abril, y 100/2005, de 19 de abril**, con la declaración de inconstitucionalidad de los artículos: 4.2.a), inciso “de la Comisión Mixta de Gestión”; 6; 7, apartado 1, inciso “adscrito a efectos administrativos al Ministerio de Medio Ambiente”, 2.d), e), f), g), h), i), j), k), y ll), 3 y 4; 8; 9.3 y 10.5, con una declaración interpretativa del artículo 3.3, en el FJ 10º de la primera de las sentencias, y la declaración de inconstitucionalidad del artículo 10.4.b) con los efectos señalados en el FJ 4º de la segunda sentencia. Fallos de las sentencias a las que se formulan tres votos particulares relativos a los artículos 3.3 y 4.2.a) en relación a la sentencia 81/2005 y uno a la 100/2005.

Los preceptos impugnados regulan aspectos atinentes a la gestión del Parque Nacional de Sierra Nevada, a su sistema de financiación y planificación y a su régimen sancionador. El

objeto del presente recurso de inconstitucionalidad no es otro que el de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales protegidos y de la flora y fauna silvestres, tras su modificación por la Ley 41/1997, de 5 de noviembre, con el que la Ley 3/1999, como dirá el Tribunal, guarda absoluta sintonía (FJ 3º). Se trata por tanto de preceptos relativos al régimen jurídico de los Parques Nacionales que se incardinan en las materias competenciales de “medio ambiente” y “espacios naturales protegidos” como ya confirmara la STC 102/1995, de 26 de junio, y pusieran asimismo de relieve las SSTC 194/2004, de 4 de noviembre, 35/2005 y 36/2005, ambas de 17 de febrero, al resolver sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 41/1997 con los que guardan estrecha conexión los que ahora se resuelven. Permitiendo al TC reiterar a los efectos presentes el canon general de enjuiciamiento que mantuvo en las tres últimas sentencias para determinar si los artículos recurridos tienen o no carácter básico en su perspectiva material, sentencias que fueron objeto de comentario en los números 27 y 28 de esta revista.

La Sentencia 81/2005 declara inconstitucionales.

– Del artículo 4.2.a) el último inciso en cuanto que facultaba a la Comisión mixta de gestión para autorizar el establecimiento de infraestructuras cuando éstas fueran necesarias para una adecuada gestión del parque nacional, por considerar que excede de la competencia básica del Estado, invadiendo competencias propias de la Comunidad Autónoma al inscribirse dicha autorización en el ámbito de la función ejecutiva.

– El artículo 6 relativo a la composición, organización y funciones de la Comisión mixta de gestión del Parque y a la figura del Director-Conservador por estar directamente relacionados con la gestión del parque nacional, facultad que corresponde a la Comunidad Autónoma.

– Del artículo 7: el apartado 1, inciso “adscrito a efectos administrativos al Ministerio de Medio Ambiente”, en cuanto reproduce el criterio contenido en el artículo 23 bis.5 de la Ley 4/1989, en la redacción dada por la Ley 41/1997; el apartado 2.d), e), f), g), h), i), j), k), y ll), por carecer de carácter básico al entrar de lleno en el ámbito de la legislación de desarrollo normativo de competencia autonómica que queda sin contenido según criterio de la jurisprudencia reproducida; los apartados 3 y 4, en concordancia con el criterio mantenido en relación al artículo 23 bis.3 de la Ley 4/1989 [STC 194/2004, FJ 14º.c)].

– El artículo 8, relativo a la financiación del parque, en aplicación de la doctrina sentada en relación al artículo 22.3 de la Ley 4/1989 y la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/1997 (STC 194/2004, FJ 22º).

– El artículo 9.3, en cuanto reitera las prescripciones de los apartados b) y c) del artículo 23.5 de la Ley 4/1989 en la redacción dada por la Ley 41/1997, declarados inconstitucionales por la STC 194/2004, FJ 14º.

### XIII. Medio Ambiente

– El artículo 10.5, al regular el ejercicio de la potestad sancionadora atribuyéndola a diversas autoridades cuando, según doctrina reiterada del TC que se cita, la potestad sancionadora tiene carácter instrumental respecto del ejercicio de las competencias sustantivas, por lo que al ser la Comunidad Autónoma de Andalucía la competente para la gestión del Parque Nacional de Sierra Nevada corresponde a ésta determinar cuáles hayan de ser los órganos de su Administración competentes para ello.

Respecto al artículo 3.3, en el que se faculta al Gobierno para aprobar, mediante Real Decreto, un plan de desarrollo sostenible que elaboraran coordinadamente las Administraciones públicas interesadas, conforme a su doctrina el Tribunal (FJ 10º) considera constitucional este apartado interpretado en el sentido de que responde al posible alcance del plan como instrumento de coordinación.

Finalmente, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 10.4.b) con los efectos señalados en el FJ 4º de la Sentencia 100/2005, se sustenta por el TC en cuanto regula un tipo infractor que vulnera las competencias autonómicas por su carácter integrador de cualquier infracción de la legislación vigente, con el consiguiente vaciamiento de aquéllas.

#### **C) Vulneración de las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía por diversos apartados del anexo del RD 1803/1999, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el Plan director de la red de parques nacionales**

La STC 101/2005, de 19 de abril, estima parcialmente el conflicto positivo de competencia planteado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra diversos preceptos del Real Decreto 1803/1999, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el Plan director de la red de parques nacionales, declarando que vulneran las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía los siguientes apartados del anexo que contiene el Plan director de la red de parques nacionales: apartado 3, epígrafes 3.a), b), j), último inciso, y l); 4.d), segundo inciso, y f); apartado 4, epígrafes 4; 5; 6 y 7; apartado 5, epígrafes: 1, último inciso de las letras c) y e); 3.a), b), c) y f); 4; 5.a) y c); 6; 8, salvo el inciso “renovar la imagen corporativa y la identidad gráfica de la red” de su letra a) y 9.a) y c); y el apartado 8. Fallo de la sentencia a la que se formula un voto particular discrepante en relación al párrafo b) del epígrafe 5 del apartado 3, al entender el Magistrado discrepante que con la solución dada por la mayoría a la regulación cuestionada se vacía absolutamente la competencia sectorial en materia de caza mediante un ejercicio que es especialmente intenso y extenso y, además expansivo, al prohibir totalmente la caza en los Parques nacionales, en contra de lo afirmado en la STC 102/1995 de la competencia estatal, que choca frontalmente con la que corresponde exclusivamente a las Comunidades Autónomas.

El encuadramiento competencial de los preceptos que se discuten al tratarse de cuestiones referentes a la regulación de los parques nacionales se inscriben preferentemente en las materias de “medio ambiente” y de “espacios naturales protegidos” conforme a la doctrina sentada por el Tribunal en las SSTC 102/1995, de 26 de junio, FFJJ 2º y 3º, y 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 5º, sin perjuicio de que en determinados aspectos

puntuales, como destaca el Tribunal, hayan de ponerse en relación con las competencias que en materia de “ordenación del territorio”, u otras sectoriales más específicas hayan asumido las partes en este proceso.

En cuanto a la controversia planteada se centra en que la parte actora rechaza que el Plan director de la red de parques nacionales tenga el carácter de “directrices para la ordenación de los recursos naturales, a los efectos establecidos en los artículos 8.1 y 22 bis.2 de la Ley 4/1989”, carácter que le otorga el artículo 3 del RD 1803/1999. Y que se sustenta, por un lado, en que el RD no contiene declaración expresa de que el Plan director que se aprueba tenga carácter básico sin que se pueda inferir de su contenido, y, por otro, en que el Plan director en modo alguno puede tener el carácter de “directrices” del artículo 8 de la Ley 4/1989, rechazando el carácter básico de diversos apartados y epígrafes del Plan, en virtud de que su grado de detalle vacía las competencias autonómicas para instrumentar los aludidos planes.

El TC considera resuelta la discrepancia sobre el carácter de las “directrices” del artículo 8 de la Ley 4/1989, conforme a la doctrina sentada en las SSTC 102/1995 y 194/2004 en las que ya se les reconoció su carácter básico sin perjuicio de la valoración del contenido concreto que se les dote, cuya impugnación, en su día, quedaba abierta. En consecuencia las “directrices” de competencia estatal pueden condicionar los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales que aprueben las CCAA, sin perjuicio de la posterior impugnación de las prescripciones normativas concretas del Plan director si se excedieran de lo básico, invadiendo así las competencias autonómicas. Situación que se materializa en el recurso que ha dado origen a la sentencia que comentamos en la que el TC analiza y resuelve la controversia planteada declarando que vulneran las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía los apartados y epígrafes de las directrices contenidas en el Plan director aprobado por el RD 1803/1999, y referidos al comienzo de los comentarios de esta sentencia, por no tener carácter básico en materia medioambiental y exceder de las competencias estatales.

## **5. ESPECIES PROTEGIDAS. LA PROHIBICIÓN DE LA CAZA POR RAZÓN DE PROTECCIÓN DE ESPECIES EN PELIGRO DE EXTINCIÓN HACE SURGIR EL DERECHO A INDEMNIZACIÓN POR LA PÉRDIDA DE INGRESOS DERIVADOS DE LA ACTIVIDAD CINEGÉTICA**

El TS en su STS de 3 de noviembre de 2004, Ar. 1586 de 2005, estimando en parte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, reconoce el derecho de la recurrente a ser indemnizada por los perjuicios derivados de la prohibición de cazar en coto privado durante las temporadas 1996-97 y 1997-98, acordada por sendas resoluciones de la Dirección General del Medio Natural y de la Dirección General de Desarrollo Sostenible de la Generalitat Valenciana.

### XIII. Medio Ambiente

La prohibición de cazar se fundamentaba en la necesidad de protección de dos especies catalogadas “en peligro de extinción”: la Cerceta Pardilla y la Malvasía Cabeciblanca, al entender que la caza de cualquier otra especie perturba a estas especies e influye en su comportamiento, y ser prácticamente imposible distinguir la Cerceta de otras especies entre el momento de levantar el vuelo y el del disparo. Asimismo se destaca que la prohibición es una medida recomendada por diversos organismos internacionales, adoptada en cumplimiento del artículo 4 de la Directiva 79/409/CEE y aceptable desde el punto de vista de la preservación de las especies.

Para el TS la necesidad de proteger el medio ambiente y, en este caso, la fauna y sus especies en peligro de extinción, constituye la causa justificada de utilidad pública o interés social que legitima aquella decisión de prohibición por la sola aplicación de las normas específicas que prevén esta posibilidad, sin necesidad de acudir al procedimiento expropiatorio. Pero la justificación, y mucho menos el principio de solidaridad colectiva a que se refiere el artículo 45.2 de la Constitución, no (sic) excluyen el deber de indemnizar cuando aquella necesidad de protección acarrea como consecuencia la privación de bienes y derechos de las personas. Entiende el TS (FJ 16º) que, en este sentido, la privación del aprovechamiento cinegético supone una restricción singular de ese aprovechamiento por razones de utilidad pública o interés social, que no debe soportar el desposeído sin una congruente remuneración.

#### 6. FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL

##### A) Aguas continentales: los Cánones de saneamiento y su distinción del canon de control de vertidos

La STSJ de Aragón de 16 de marzo de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Decreto 266/2001, de 6 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento Regulador del Canon de Saneamiento de la Comunidad Autónoma de Aragón. De todas formas, el demandante (una empresa sujeta al canon) está cuestionando la constitucionalidad de la norma legal que da cobertura a este reglamento, por lo que solicita del Tribunal el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. Entiende que el establecimiento del canon de saneamiento vulnera el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas. Este precepto no permite que los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas recaigan sobre hechos imponibles gravados por el Estado.

Pues bien, el demandante afirma la identidad de hechos imponibles entre el canon de saneamiento y el canon de control de vertidos, por cuanto estima son idénticos los presupuestos de hecho que generan la obligación, ya que el hecho imponible del canon de control de vertidos es la realización de vertidos al dominio público y el hecho imponible del canon de saneamiento es la realización de vertidos contaminantes.

El TSJ de Aragón comienza el análisis que se le pide haciendo referencia a la naturaleza jurídico-tributaria de ambas figuras, a la vista de la legislación y de la doctrina del

Tribunal Supremo. Considera que la naturaleza del canon de control de vertidos es de tasa. En cuanto al canon de saneamiento aragonés, lo explica como un impuesto de finalidad ecológica cuyo hecho imponible es la producción de aguas residuales.

Entrando luego en la materia, entiende el TSJ que no cabe estimar que exista la identidad pretendida, máxime si se tiene en cuenta la doctrina que el Tribunal Constitucional ha establecido al respecto. El elemento clave en la formulación del hecho imponible del canon de saneamiento está en la utilización del agua y no tanto en el vertido, mientras que el canon de control de vertidos lo que grava son los vertidos contaminantes realizados sobre el dominio público hidráulico.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

JAVIER DOMPER FERRANDO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

**XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Agricultura. 3. Ayudas.** A) Incumplimiento y devolución. B) Denegación. **4. Energía eléctrica. 5. Pesca. 6. Seguridad privada e intervención administrativa. 7. Tarifas. 8. Telecomunicaciones.** A) Telefonía. Asignación de números cortos. B) Televisión por cable. **9. Transporte.**

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

En el presente número se incluye el examen de las Sentencias del Tribunal Constitucional comprendidas entre la Sentencia 84/2005, de 18 de abril y la Sentencia 172/2005, de 20 de junio, así como el de las Sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los cuadernos Aranzadi 4 a 9 de 2005.

**2. AGRICULTURA****Producción vitivinícola**

La Junta de Extremadura interpuso recurso directo frente al RD 373/2003, de 28 de marzo, que regula el potencial de producción vitivinícola. Adujo la entidad recurrente que la norma impugnada vulneraba las normas comunitarias y que se había dictado prescindiendo del reparto competencial en materia de agricultura entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

La STS de 6 de octubre de 2004, Ar. 850 de 2005, desestima el recurso.

Por lo que se refiere a la vulneración de las normas comunitarias el Tribunal Supremo afirma que la entidad recurrente no especifica el exacto contenido de las regulaciones comunitarias que se dicen vulneradas, mientras que los preceptos impugnados son razonables y ajustados a derecho.

En relación a la cuestión competencial interna, relación Estado-Comunidades Autónomas, el Tribunal Supremo afirma que el Estado posee competencia para dictar la norma impug-

nada en virtud del título competencial del artículo 149.3 CE. En este sentido señala que el recurrente olvida que “la referencia al artículo 149.1.13 de la Constitución que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica no es nueva respecto del Real Decreto 373/2003, de 28 de marzo sino que ya se llevó a cabo respecto al Real Decreto que modifica, es decir, el 1472/2000, al declararlo así su Disposición Adicional Primera. Una y otra norma reglamentaria estatal tienen su antecedente en las disposiciones comunitarias a las que hemos venido haciendo mención de cuyo cumplimiento responde el Reino de España frente a las instituciones comunitarias”.

### 3. AYUDAS

#### A) Incumplimiento y devolución

a) La **STS de 4 de marzo de 2005**, Ar. 1779, dictada en un recurso de casación en interés de la ley, contiene una doctrina de singular valor acerca de la naturaleza jurídica de las decisiones administrativas por las que se exige la devolución de cantidades entregadas en concepto de subvención, cuando se comprueba el incumplimiento de alguna condición por parte del sujeto subvencionado.

El recurso casacional se interpuso por la Generalidad de Cataluña frente a una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por la que se anuló una resolución de la Administración en virtud de la cual se había acordado retirar a determinada empresa la autorización para recibir subvenciones y se le impuso la obligación de devolver una cantidad que suponía el doble de la media mensual de la ayuda recibida durante los doce meses precedentes.

El Tribunal Superior de Justicia entendió que la exigencia de devolución de cantidad poseía naturaleza sancionadora, y anuló el acto administrativo al no haberse seguido el preceptivo procedimiento sancionador para su adopción.

La Administración recurrente estimó que la doctrina de dicha sentencia era errónea y gravemente dañosa para el interés general, al atribuir al acto de revocación de la subvención una naturaleza sancionadora que no posee, aunque en ocasiones se califique esta actuación de revocación-sanción. Por ello solicitó que se fijara como doctrina legal la de que “aquellos procedimientos que tienen por objeto la comprobación del cumplimiento de los requisitos establecidos para ser beneficiario de una subvención, y que puedan tener como consecuencia la devolución, total o parcial, de la subvención concedida y/o la pérdida de la autorización a los solos efectos de ser beneficiarios de dichas ayudas, no se inscriben en el ejercicio de una potestad sancionadora ni, en consecuencia, deben tramitarse de acuerdo con los principios básicos que para el procedimiento sancionador establecen el Título IX de la Ley 30/1992 y sus normas de desarrollo”.

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

El Tribunal Supremo desestima el recurso atendiendo al examen de la singularidad del acto revocatorio, y en particular al hecho de que la cantidad reclamada no coincide con las recibidas por el particular, por lo que no tiene carácter compensatorio. Así, afirma el Tribunal Supremo que “sobre todo nos mueve a desestimar el recurso el examen y calificación del acto administrativo enjuiciado por la Sentencia recurrida. Se está ante un acto de revocación de una autorización administrativa, pero sólo temporalmente, y este acto impone además una obligación de pago, pero este pago no es en modo alguno totalmente compensatorio de las ayudas indebidamente percibidas. Es decir, no se trata de retirada de la autorización y obligación de devolver la totalidad de las subvenciones que se abonaron por la Administración. Como destaca el Ministerio Fiscal, por otra parte la propia Generalidad de Cataluña reconoce que estamos ante una revocación-sanción”.

Por lo demás resulta indudable que el artículo 5 del Reglamento comunitario 2677/1985 (en la redacción que le fue dada por el posterior Reglamento CEE 887/1996) se refiere desde luego a las sanciones a imponer por las conductas infractoras. En términos o planteamientos generales es cierto como alega la Comunidad Autónoma recurrente que el *nomen iuris* no siempre se corresponde con la calificación jurídica correcta, pero esta Sala llega a la convicción de que no es ello lo que sucede en este caso.

En cuanto al cumplimiento de los requisitos del artículo 100.1 de la Ley de la Jurisdicción es indudable, como expresa el Ministerio Fiscal, que el carácter de la Sentencia de gravemente dañosa, debido a la posible aplicación posterior de su doctrina, depende de que esa Sentencia fuese verdaderamente errónea. Pero el caso es que, a la vista de cuanto llevamos dicho, no debe apreciarse el carácter erróneo de la Sentencia y por tanto no puede declararse la doctrina legal que se solicita al formalizar este recurso de casación en interés de Ley. Esa doctrina sería correcta si estuviésemos ante la anulación de una subvención y el establecimiento de la obligación de devolver la totalidad de su importe, extinguiéndose así la relación jurídica mantenida hasta el momento por causa del derecho a recibir la subvención. Pero hemos debido llegar a la conclusión de que no fue ello lo sucedido en el caso de autos, por lo que son conformes con el ordenamiento jurídico los pronunciamientos de la Sentencia impugnada.

b) La **STS de 22 de marzo de 2004**, Ar. 2131 de 2005, tiene como objeto la Sentencia de la Audiencia Nacional que confirmó la validez de la Orden Ministerial que declaró el incumplimiento de la condición resolutoria de la subvención concedida y ordenó el reintegro de la ayuda. El incumplimiento de la condición consistía en el despido de los trabajadores contratados cuatro días después del plazo establecido en la concesión de la subvención, teniendo en cuenta que la ayuda se había concedido para favorecer la creación de empleo.

La cuestión jurídica que se plantea en este litigio consiste en determinar si al tratarse de una ayuda para fomentar el empleo, los contratos celebrados en base a la ayuda recibida debían mantenerse o no más allá del período concreto para el que se obtuvo la subvención.

Centrando la cuestión en estos términos, el Tribunal Supremo estima el primer motivo de casación y casa la doctrina de la Sentencia de la Audiencia Nacional según la cual la finalidad social de la subvención exige el mantenimiento de los puestos de trabajo más allá de la vigencia del período subvencional.

No obstante, el Tribunal Supremo, tras reiterar su doctrina sobre el carácter modal de las subvenciones, confirma a continuación la validez del acto administrativo impugnado, al estimar que sí se incumplió la condición subvencional, al no haberse creado durante dicho período los puestos requeridos. En este sentido afirma que

“Lo que ocurrió en el caso de autos, por más que la parte trate de enmascararlo en lo consignado en el Acta del trabajo que acordó la concesión de la subvención, en el sentido de que serían cero puestos de trabajo a mantener, es que en el plazo de cumplimiento, más propiamente dicho de vigencia de la concesión, no se crearon ni mantuvieron esos puestos de trabajo; la obligación no era sólo de que existieran al momento del término de vigencia, sino que se hubiesen creado en ese plazo de vigencia, pero no en cualquier momento del mismo, sino en el tiempo suficiente para que se pudiese cumplir la finalidad de la subvención; y eso es algo que indudablemente la prueba obrante en el expediente administrativo acredita que no ocurrió. Por otro lado el mantenimiento cero de los puestos de trabajo a crear a que se refería aquel Acta del Grupo de Trabajo, era el de los anteriormente existentes en el momento de la concesión, que lógicamente en cuanto empresa de nueva creación no había ninguno que mantener”.

c) Mediante resolución de la Secretaría de Estado de Presupuestos del Ministerio de Economía y Hacienda se declaró la pérdida total de los beneficios otorgados a determinada entidad con el fin de llevar a cabo actuaciones de inversión, creación y mantenimiento de empleo.

Recurrida dicha resolución, la Audiencia Nacional desestimó el recurso al entender que de la prueba practicada se demostraba que la entidad recurrente no había cumplido las condiciones establecidas.

El Tribunal Supremo, en la **STS de 24 de febrero de 2005**, Ar. 1139, desestima el recurso, al entender que el mismo se limita a combatir la apreciación que la Sala de instancia hizo de los elementos probatorios, sin que proceda corregir dicha apreciación. Para el Tribunal Supremo quedó acreditado que no se mantuvieron los puestos de trabajo que justificaron el otorgamiento de la subvención y, por tanto, la validez de la resolución que impuso la pérdida de los beneficios inicialmente reconocidos.

## **B) Denegación**

a) Denegada parcialmente la solicitud de ayuda comunitaria en relación a unas parcelas, con el argumento de no haber estado dedicadas a cultivo agrícola, se interpuso recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el cual desestimó dicho recurso. Inter-

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

puesto recurso de casación ante le Tribunal Supremo, el citado Tribunal mediante **STS de 29 de diciembre de 2004**, Ar. 617 de 2005, estimó el primer motivo casacional al apreciar incongruencia en la sentencia de primera instancia, ya que no se pronunció sobre la situación de determinadas parcelas, concretamente las sitas en Trebujena.

A continuación el Tribunal Supremo entra a conocer la cuestión relativa a estas parcelas y confirma la decisión administrativa impugnada al entender que la recurrente no había acreditado el destino de dichas parcelas a uso agrícola, condición necesaria para obtener la ayuda solicitada.

b) Otorgada una ayuda financiera por la construcción de una empresa mixta destinada a la construcción de un buque, en aplicación del RD 798/1995, de 19 de mayo y de las OOMM de 20 de diciembre de 1996 y 13 de abril de 1998, la Administración abonó una parte de la cantidad concedida pero denegó el pago de la parte restante.

Recurrida la inactividad administrativa, y posteriormente el acto expreso denegatorio del pago, la Audiencia Nacional estimó el recurso.

En síntesis, la cuestión debatida se centró en determinar si la ayuda concedida ha de tener en cuenta el buque como objeto de ayuda, o el titular que solicita la ayuda. En el caso de tenerse en cuenta el titular, no procedía la denegación de la ayuda, ya que no existía relación subjetiva directa entre quien ya obtuvo una ayuda para la construcción del buque y quien la solicitaba de nuevo. Así lo apreció la Audiencia Nacional, de forma tal que no procedía reducir la cantidad inicialmente otorgada al no haberse concedido anteriormente cantidad alguna a la nueva entidad que solicitó la ayuda.

El criterio del Tribunal Supremo es diverso, y por ello la **STS de 20 de diciembre de 2003**, Ar. 2087 de 2005, casa la sentencia de recurrida y confirma el acto impugnado. Para el Tribunal Supremo los artículos 63 y 64 del RD 798/1995 se refieren al buque, elemento central de las sociedades mixtas, de donde se deduce que el buque es el determinante de la subvención o ayuda financiera. Por tanto, la ayuda no se otorga *intuitu personae* sino *ob rem*, lo que comporta que al haberse recibido ya una ayuda para la construcción del barco procedía denegar el pago de la cantidad no entregada.

c) El Ministerio de Industria y Energía denegó al Ayuntamiento de Gijón una subvención para la realización de un proyecto de “construcción de naves modulares”, ayuda solicitada al amparo de la OM de 19 de mayo de 1997.

El Tribunal Superior de Justicia desestimó el recurso interpuesto por el citado Ayuntamiento. Sostiene el Tribunal que la denegación fue correcta al no cumplirse el requisito de la norma reguladora según el cual la inversión debió llevarse a cabo en el año 1997, y por el hecho de existir en Asturias un programa específico de ayudas para la actividad que pretendía llevar a cabo el Ayuntamiento.

Recurrida la sentencia en casación, el Tribunal Supremo desestima el recurso en su **STS de 25 de marzo de 2004**, Ar. 2147. El Alto Tribunal no admite en primer lugar la alegación del recurrente según la cual la subvención debió otorgarse por concurso, ya que dicho sistema (en la entonces vigente ley general presupuestaria) era un sistema residual. Por ello el análisis individualizado de la solicitud y su desestimación fue ajustado a derecho.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo niega que se hubiera producido una vulneración del principio de igualdad por trato discriminatorio con relación a otros proyectos, en relación a los cuales no se exigió que la inversión se llevara a cabo en el año 1997. Para el Tribunal no se acredita la identidad de situación con respecto de otras entidades subvencionadas, por lo que no existen situaciones iguales que hayan recibido un trato desigual.

#### 4. ENERGÍA ELÉCTRICA

##### Fijación de tarifas

a) La **STS de 2 de febrero de 2005**, Ar. 1648, tiene como objeto la impugnación por parte de determinada entidad eléctrica de la fijación de las tarifas eléctricas para el año 2003 y la determinación de los costes reconocidos con destino a la retribución de la actividad de distribución eléctrica.

El Tribunal Supremo desestima en primer lugar los motivos de impugnación de carácter formal sobre la elaboración del RD 1436/2002 impugnado. Por lo que se refiere a las cuestiones de fondo, se desestima la alegación relativa a la falta de criterios existentes para determinar la retribución de los distribuidores. El Tribunal afirma sobre este punto que “Nos remitimos, para rechazar este planteamiento argumental, a las consideraciones vertidas en la Sentencia de 10 de noviembre de 2003 respecto del ejercicio precedente, cuya metodología se repite en éste. Decíamos en ella que “(...) tampoco puede estimarse que se incurra en esa arbitrariedad porque el Gobierno aún no haya determinado las zonas eléctricas diferenciadas a que se refiere el artículo 41.3 de la Ley 54/1997, por cuanto que el criterio zonal sí se ha tenido en cuenta, según resulta de la tramitación del Proyecto, atendiendo para la fijación de los costes de retribución de la distribución a ese criterio conforme a lo dispuesto en el artículo 39.3 de la Ley del Sector Eléctrico”.

La segunda cuestión de fondo que plantea la recurrente también se desestima. Se cuestionaba en este caso la distribución singularizada de la retribución asignada a los distribuidores. El Tribunal admite que el reparto de porcentajes entre las empresas distribuidoras de energía eléctrica presenta aspectos susceptibles de crítica, y cita al respecto el informe de la Comisión Nacional de la Energía. Pero a pesar de ello, concluye que el porcentaje asignado a la recurrente no es contrario a derecho.

b) La **STS de 1 de febrero de 2005**, Ar. 1129, tiene como objeto la impugnación por parte de Unión Fenosa Distribución, SA, del Real Decreto 3490/2000, de 29 de diciembre,

## XIV. Derecho Administrativo Económico

por el que se establece la tarifa eléctrica para el año 2001. La entidad recurrente pretende que se declare la nulidad parcial del mismo, en tanto que establece determinadas compensaciones y exenciones a las compañías de distribución que operan en los territorios extrapeninsulares [artículo 3, apartados 1 y 3.e)], así como por mantener el porcentaje de reparto de la retribución por la actividad de distribución de la energía eléctrica previsto para 1999 (artículo 8.1).

En relación con la cuestión planteada la Sala recuerda que ya se ha pronunciado en anteriores sentencias sobre la cuestión que ahora de nuevo es objeto de impugnación, por lo que debe ajustarse a la jurisprudencia sentada con anterioridad por respeto del principio de unidad de doctrina al no existir motivo alguno que le lleva a separarse de dicha doctrina. En concreto recuerda que sobre el Real Decreto 3490/2000, de 29 de diciembre, que establece la tarifa eléctrica para el año 2001 y que se impugna en este procedimiento, han recaído ya las siguientes Sentencias, todas desestimatorias: de 21 de noviembre de 2002 (recurso 51/2001), de 2 de diciembre de 2002 [recurso 158/2001 (RJ 2002, 10826)], de 13 de febrero de 2003 [recurso 173/2001 (RJ 2003, 1162)], de 2 de octubre de 2003 [recurso 150/2001 (RJ 2003, 7215)] y de 2 de octubre de 2003 [recurso 170/2001 (RJ 2003, 8415)].

A continuación añade que las tres cuestiones concretas que se plantean en el recurso que debe resolver ya fueron analizadas en la Sentencia de 2 de diciembre de 2002, reproduciendo lo que en ella se dijo.

Se concluye por tanto con la desestimación del recurso.

### 5. PESCA

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia anuló la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación que había denegado el permiso temporal de pesca para faenar en aguas internacionales del océano atlántico sur a determinado buque. Además dispuso que la Administración debía proceder en la forma indicada en el cuarto fundamento jurídico de su sentencia. Frente a dicha sentencia interpuso recurso de casación el Abogado del Estado.

El fundamento jurídico de la sentencia de primera instancia antes citado decía que

“Lo que sucede es que la resolución recurrida está falta de la debida motivación, y ello enlaza con lo que la recurrente expone en la segunda parte de la demanda: no les falta razón a sus argumentos en el sentido de que lo que tendría que hacer la Administración es determinar previamente los criterios de forma objetiva para conceder permisos de pesca y publicarlos, en lugar de resolver caso por caso, lo que permite ir variando criterios y posturas, con riesgo de que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad; eso es lo que parece estar detrás de lo que dispone el artículo 3 de la Orden Ministerial de 6 de noviembre de 1995 al ordenar que la Dirección General de Recursos Pesqueros apruebe anualmente un plan de actividad pesquera para ambas zonas a uno y otro lado del paralelo 5° Norte en el Océano Atlántico.

A falta de dicho plan, o en su caso, de su debida concreción particularizada, y volviendo al principio del párrafo anterior, la resolución carece de motivación, pues no basta con decir que ninguno de los buques en cuya posición se ha subrogado el de autos había faenado en la zona restringida, sino que habrá que descartar que se hayan producido vacantes por parte de otros armadores, o en su caso, constatar que las mismas se han cubierto con solicitantes con mejor derecho, lo cual, ciertamente puede resultar engorroso, pero es la única manera de suplir la falta de un concurso público en competencia que permita discernir con transparencia e imparcialidad quiénes serán los que hayan de obtener las autorizaciones para cada temporada.”

De esta forma la sentencia que se recurre en casación anula el acto impugnado por falta de motivación al no existir un plan previo o unos criterios generales en base a los cuales resolver las peticiones individualizadas.

El Tribunal Supremo, en su **STS de 13 de octubre de 2004**, Ar. 851 de 2005, desestima el recurso casacional al entender que la denegación no se basó en criterio normativo alguno. Confirmando la doctrina de la sentencia de primera instancia afirma que la resolución individualizada careció de la necesaria visión de conjunto, y que la ausencia de Plan impidió valorar las circunstancias concurrentes que debían guiar la adopción de una decisión discrecional (existencia de vacantes o no por parte de armadores que hubieren faenado habitualmente, existencia o no de solicitantes que fueran titulares de buques idóneos, habituales en las respectivas zonas, etc.)

## 6. SEGURIDAD PRIVADA E INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA

La **STC 154/2005, de 9 de junio**, resuelve los conflictos positivos de competencia (acumulados) promovidos por la Generalitat de Cataluña, respecto a diversos preceptos del Reglamento de seguridad privada, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, y de la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 7 de julio de 1995.

Esta sentencia debe destacarse en cuanto se refiere a la distribución de competencias ejecutivas entre el Estado y la Generalitat de Catalunya, en relación con unas empresas determinadas, como las de seguridad privada, o las de detectives privados, que atendida la relevancia de sus funciones, han de someter su actividad a los requisitos que exigen los poderes públicos. Tales entidades prestan servicios de vigilancia y seguridad de personas o bienes, los cuales tienen la consideración de actividades complementarias y subordinadas respecto a las de seguridad pública (artículo 1 de la Ley 23/1992).

La sentencia considera indiscutible la conexión entre los artículos cuestionados y la materia de seguridad pública, entendiendo por ésta “el mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano”, de conformidad con las SSTC 175/1999, de 30 de septiembre, 148/2000, de 1 de junio, y 235/2001, de 13 de diciembre. Una conexión que el TC confirma de acuerdo con la definición legal de “seguridad privada” (artículo 1 Ley 23/1992, antes citada).

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

El TC recuerda la delimitación que ha efectuado en sentencias anteriores con relación a la materia de seguridad pública, según la cual, corresponde a las Comunidades Autónomas, que hayan creado una policía autonómica, la organización del cuerpo y de los correspondientes servicios policiales, y el ejercicio de funciones por las CCAA, en su territorio respectivo, de aquellas actividades propiamente policiales, y de las que resulten inherentes. El resto de funciones ejecutivas se atribuyen al Estado.

De acuerdo con esta doctrina, el TC examina los preceptos cuestionados. En la medida que las actividades reguladas sean independientes y separadas de las actividades propias de la policía de Catalunya y de las actuaciones administrativas inherentes, la competencia será del Estado y no habrá una vulneración de las competencias de la Generalitat. Es lo que ocurre con la obtención de una habilitación como personal de seguridad privada [artículos 52.3, 54.5, letra b), y 55 del Reglamento de seguridad privada].

Respecto al proceso de formación a que se someten quienes pretenden conseguir la habilitación de “personal de seguridad privada” (artículos 56, 58 y 60 del Reglamento), la Generalitat de Catalunya también alega sus competencias sobre enseñanza.

El TC desestima esta alegación de la Generalitat. A estos efectos, recuerda que la competencia que el artículo 149.1.30 CE atribuye al Estado comprende la competencia para establecer los títulos de cada nivel y ciclo educativo, con valor habilitante tanto desde el punto de vista académico, como para el ejercicio de las profesiones tituladas, es decir, aquellas cuyo ejercicio exige un título. Desde esta vertiente, las condiciones de obtención, expedición y homologación de los títulos profesionales se vinculan directamente a la existencia de las llamadas profesiones tituladas (artículo 36 CE).

Esta definición admite implícitamente que no todas las actividades laborales, los oficios o las profesiones en sentido lato son profesiones tituladas. Éstas se concretan en aquellas actividades para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiendo por tales la posesión de estudios superiores, y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia (SSTC 83/1984, 42/1986 y 122/1989).

Cuestión distinta, prosigue el TC, es exigir requisitos, autorizaciones, habilitaciones o pruebas, dirigidas a la adquisición de un título administrativo. Constituyen un modo de intervención administrativa que atañe a la materia específica, bien sea el turismo (STC 122/1989), o bien la ordenación del transporte terrestre (STC 118/1996). Por lo tanto, si en el presente caso se enmarca la controversia en la materia “seguridad pública”, las competencias sobre habilitación de personal de seguridad corresponden al Estado.

A continuación, se examina el régimen de devolución de la tarjeta de identidad (artículo 65.1), que ha de producirse como consecuencia de que se incurra en algunos de los supuestos de pérdida de la habilitación que el Reglamento regula. Para el TC, la pérdida de la habilitación sólo puede ser acordada por quien la otorgó, esto es, por el órgano estatal competente. Por el contrario, en cuanto al control de los libros-registro (art. 65.3 del Reglamento), éstos han de estar a disposición de la policía autonómica, y, por con-

siguiente, es una actividad inherente a la policía de la Generalitat de Catalunya y a ella le corresponde la competencia.

El TC había indicado, antes de examinar cada uno de los artículos impugnados, la dificultad que en ocasiones entraña la delimitación entre actividades inherentes a la policía autonómica que, como tales, corresponden a la Comunidad Autónoma, y el resto de actividades. Estas dificultades se ponen de manifiesto en el examen de este artículo 65.1 y 3, donde para casos similares, se ofrecen soluciones distintas. Es por ello que el TC destaca, en cualquier caso, la relevancia de los principios de coordinación y cooperación. Por otra parte, el TC también apela a razones de eficacia administrativa, lo que es cuestionado en el voto particular de Roberto García-Calvo.

Los siguientes preceptos en ser examinados por el TC se refieren a la prestación de servicios con armas [artículos 81.1, letra c), 81.2 y 86.2 del Reglamento]. Se constata que la Generalitat de Catalunya no cuestiona que el Estado sea competente para regular los supuestos en que el personal de la seguridad privada pueda prestar su servicio con armas de fuego, pero la Comunidad Autónoma sí se considera competente para autorizar los servicios que los vigilantes pueden prestar con armas en Catalunya.

El TC comparte la postura de la Generalitat de Catalunya y estima que el artículo 81.1.c) y 2 vulnera sus competencias, puesto que el examen de los servicios en que se autorizan las armas requiere un juicio prospectivo de los peligros que potencialmente pueden comprometer la integridad de determinados establecimientos o inmuebles. Es una actividad genuinamente policial, relacionada con la protección frente a los riesgos que amenazan la seguridad de personas y bienes, con independencia de su titularidad pública o privada. Esta conclusión también es cuestionada en el voto particular.

En cambio, el artículo 86.2 no infringe las competencias de la Generalitat de Catalunya, en la medida que la regulación que efectúa de los medios de defensa que pueden portar los vigilantes de seguridad es una regulación de los instrumentos de coerción, lo que conecta la misma con la seguridad pública, y excede de las competencias autonómicas.

Una vez examinados los preceptos impugnados del Reglamento de seguridad privada, el TC examina la constitucionalidad de los artículos de la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 7 de julio de 1995. Puesto que esta Orden supone un desarrollo del Reglamento, el TC se remite en general a las soluciones aportadas en el examen de los preceptos de este último. Destaca la regulación que la Orden realiza respecto a la cartilla profesional y la anotación en ella de las menciones honoríficas. El TC admite que no tiene sentido que, siendo la Generalitat la competente para conceder las mencionadas distinciones, no lo sea también para proceder a su oportuna anotación en la correspondiente cartilla profesional.

Ahora bien, el TC precisa que esta actividad no es característica de la policía de seguridad. Más bien constituye un elemento del sistema de control administrativo de la vida

profesional del personal de seguridad privada. Por eso, la atribución de la competencia a la Generalitat obedece a que se trata de una actividad inseparable, por su inherencia y complementariedad, de la valoración policial que justifica su concesión, lo que reclama su unificación competencial en una misma instancia territorial.

### 7. TARIFAS

#### Tarifas por servicios portuarios

La **STC 102/2005, de 20 de abril** (reproducida en su contenido esencial en la Sentencia 121/2005 de 10 de mayo), resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo en relación con los apartados 1 y 2 del artículo 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante (LPMM). Esta sentencia, dictada por el Pleno del Tribunal, ha contado con el Magistrado Pablo Pérez Tremps como ponente.

El Auto de Planteamiento toma como punto de partida la reserva de ley que establece el artículo 133 CE para el ámbito de los tributos, y el artículo 31.3 CE para las “prestaciones patrimoniales de carácter público”, según la interpretación de la STC 185/1995, de 14 de diciembre, y considera que tal reserva se ve infringida en la medida que las tarifas por servicios portuarios no tienen el carácter de “precios privados” fijado por el artículo 70.1, sino el de “prestaciones ... patrimoniales de carácter público”.

El TC recuerda que en el ámbito tributario se parte de una reserva de ley relativa, donde el alcance concreto de la colaboración reglamentaria dependerá de la diversa naturaleza de las figuras jurídico-tributarias, y de los distintos elementos de las mismas (SSTC 185/1995 y 150/2003). La aplicación de esta doctrina requiere, por lo tanto, determinar la naturaleza de las tarifas portuarias, y ello conlleva, a su vez, la concreción de los supuestos de hecho que, conforme a la LPMM, legitiman su cobro. A estos efectos, el TC diferencia dos grupos de servicios prestados por las Autoridades Portuarias:

– Por una parte, las actividades de prestación que tienden a la consecución de los fines que la Ley asigna a las Autoridades Portuarias, y se desarrollan en su ámbito territorial (artículo 66.1 y 3 LPMM). A estos servicios se les aplica el régimen normativo recogido en el artículo 70.2, y son, entre otros, “la disponibilidad de las zonas de fondeo”, “el amarre y desamarre de los buques”, “el accionamiento de esclusas”, los “servicios contra incendios, de vigilancia, seguridad, policía y protección civil portuarios”, y la puesta a disposición de espacios o almacenes, y de medios mecánicos para la manipulación de mercancías en el puerto, así como el servicio de señalización marítima.

– Por otra parte, las labores de carga, descarga, estiba, desestiba y transbordo de mercancías objeto de tráfico marítimo en los buques y dentro de la zona portuaria (artículo 66.2 LPMM), que tienen una normativa específica, la del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo.

En el proceso que originó esta cuestión de inconstitucionalidad se impugnaba la Orden del Ministerio de Obras Públicas y Transporte de 13 de abril de 1993, sobre aplicación de tarifas por servicios prestados por las autoridades portuarias. Tales servicios se incluyen, claramente para el TC, en el primero de los dos grupos de servicios descritos y, en consecuencia, les es de aplicación el régimen del artículo 70.1 y 2 LPMM.

Para el TC, los servicios de señalización marítima, tales como las instalaciones fijas de ayudas, destinadas a mejorar la seguridad de la navegación por el mar litoral español, se encuentran monopolizados e implican, además, el ejercicio de funciones públicas. Por su parte, los llamados servicios generales de policía suponen el ejercicio de autoridad.

Se encuentran asimismo monopolizados, esta vez porque implican el uso del dominio público portuario, los siguientes servicios: la utilización de las aguas del puerto, el uso de las instalaciones de canales de acceso, las esclusas y las zonas de abrigo, el uso de las zonas de fondeo, o de las obras de atraque y elementos fijos de amarre y defensa, así como la utilización de los accesos terrestres, vías de circulación y estaciones marítimas y, en fin, el uso de muelles y dársenas.

Por todo ello, el TC concluye que las tarifas por los llamados “servicios públicos” portuarios constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público, sujetas al artículo 31.3 CE y, en cuanto tales, quedan sometidas a la reserva de ley. Es así en la medida que hay una situación de monopolio a favor del Estado, y el particular se encuentra obligado a optar entre no recibir esos servicios, o constituir necesariamente la obligación de pago de la prestación (STC 185/1995, FJ 3).

Pero aún más, en la sentencia se precisa que, con independencia de la calificación formal que les otorga la LPMM, las llamadas “tarifas” por servicios portuarios son prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria, puesto que constituyen prestaciones patrimoniales coactivas que se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. El TC mantiene esta afirmación, con independencia de que los servicios portuarios sean prestados por la Autoridad portuaria de forma directa o indirecta. Añade que así se desprende de las vigentes Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria [artículo 2.2, letra a)], y Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general (apartado II de la Exposición de Motivos).

Llegados a este punto, el TC examina si el artículo 70.1 LPMM respeta el principio de reserva de ley en el ámbito tributario. Es cierto que este precepto no autoriza que el ministro de obras públicas y transportes “establezca” las tarifas, sino que únicamente permite que fije la cuantía de la prestación tributaria. Pero en cualquier caso la Ley ha de procurar criterios idóneos para circunscribir la decisión de los órganos que posteriormente fijen el quantum de dichas tarifas, desterrando una actuación libre, no sometida a límites, especialmente porque la cuantía de la prestación es un elemento esencial del tributo. Desde esta perspectiva ni el artículo 70.2, ni ningún otro precepto de la LPMM contiene, tal y como

## XIV. Derecho Administrativo Económico

exigen los artículos 31.3 y 133.1 CE, los criterios idóneos para cuantificar las prestaciones tributarias, que permitan una decisión suficientemente predeterminada.

Esta afirmación no se ve alterada por los argumentos del Abogado del Estado, que defendía que el carácter relativo de la reserva de ley tributaria permite una colaboración más intensa del reglamento, en aquellos casos de contraprestaciones que, como las aquí examinadas, evidencian de modo directo e inmediato un carácter sinalagmático. A ello añadía que la finalidad, que persiguen la Orden Ministerial de 13 de abril de 1993 y el artículo 70.2 LPMM, coincide con los fines de la Constitución y, en concreto, se pretende propiciar las oportunas traslaciones de los excedentes de rentabilidad portuaria a los usuarios, mediante el abaratamiento del coste de la cadena de transporte, a la vez que se quiere generar los recursos suficientes para la autofinanciación de las autoridades portuarias.

Pues bien, el TC considera que la flexibilidad de la reserva de ley, y la coincidencia de fines entre la norma y la Constitución no habilitan a un pleno desapoderamiento del legislador ni consienten habilitaciones indeterminadas para la configuración de los elementos esenciales de los tributos.

En definitiva, el Tribunal recuerda la STC 63/2003, y concluye que “la determinación en la ley de un límite máximo de la prestación de carácter público, o de los criterios para fijarlo, es absolutamente necesaria para respetar el principio de reserva de ley”, y esta determinación no aparece en el precepto cuestionado.

Una vez declarado inconstitucional el artículo 70.2 LPMM, el TC llega a la misma conclusión para el apartado 1 del mismo artículo 70, puesto que, si bien el legislador puede crear las categorías jurídicas que considere adecuadas, sin embargo, en el presente caso, no crea ninguna categoría nueva, sino que se limita a calificar a las contraprestaciones devengadas por la prestación de servicios portuarios como “precios privados”, categoría jurídica preexistente que excluye las exigencias que derivan del principio de reserva de ley establecido por la Constitución, en sus artículos 31.3 y 133.1.

### 8. TELECOMUNICACIONES

#### A) Telefonía. Asignación de números cortos

La STS de 9 de marzo de 2005, Ar. 1788, resuelve el recurso de casación frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional por la que se desestimó el recurso de Telefónica España SAU frente a la resolución de la CNMT por la que se acordó asignar a determinada entidad el número corto 1411 para su utilización como número de identificación del servicio de tarjetas.

La entidad recurrente alega la vulneración del artículo 54.1.c) de la Ley 30/1992 al entender que el órgano regulador se había apartado inmotivadamente de decisiones anteriores al asignar el número corto.

El Tribunal Supremo, con referencia expresa a su Sentencia de 20 de enero de 2005 [comentada en esta misma sección, número 28, XIV, 11.B)] y a otra anterior de la Audiencia Nacional de fecha 28 de septiembre de 2001, rechaza el recurso, afirmando que el cambio de criterio está justificado, ya que el criterio inicial que se modifica era meramente provisional y en espera de una mayor reflexión sobre la cuestión por parte del organismo regulador.

### **B) Televisión por cable**

El Ayuntamiento de Calviá interpuso recurso ante la Audiencia Nacional frente a la Orden del Ministerio de Fomento por la que se amplió la demarcación territorial de Palma de Mallorca para la prestación del servicio público de telecomunicaciones por cable y se modifican las concesiones otorgadas en la misma.

Desestimado el recurso, el Ayuntamiento de Calviá recurrió en casación, recurso este último que es resuelto por la **STS de 16 de febrero de 2005**.

En dicha sentencia el Tribunal Supremo pone de relieve que en virtud de las previsiones contenidas en la Disposición Adicional Décima y Disposición Transitoria Décima de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por la que se procede a la transformación de concesiones provisionales (entre ellas las del Ayuntamiento de Calviá), podía entenderse producida la pérdida del objeto del recurso. Posibilidad que rechazó la entidad recurrente.

Entrando en el fondo del asunto, el Tribunal rechaza el recurso de casación. En primer lugar entiende que de acuerdo con la normativa aplicable en el momento de dictarse el acto impugnado el Ministerio de Fomento, previo informe de las Comunidades Autónomas, podía establecer nuevas demarcaciones o ampliar las existentes para la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable. Y esto es lo que se llevó a cabo, teniendo en cuenta que “en el ámbito de la isla de Mallorca únicamente se había constituido la demarcación territorial de Palma de Mallorca, coincidente con el término municipal del Ayuntamiento de Palma de Mallorca. Precisamente a partir de este hecho pudo el Ministerio de Fomento hacer uso de la habilitación contenida en el apartado 5 del artículo 2 de la Ley 42/1995, ampliando la única demarcación hasta entonces existente a los restantes municipios de la isla”. En esta misma línea se precisa que la validez de este acto no se ve alterada por la existencia de una concesión provisional anterior a la entidad Calviá 2000, ya que no deben confundirse la demarcaciones con las concesiones.

En segundo lugar, se rechaza también que el acto impugnado adolezca de vicios procedimentales por falta de audiencia del Ayuntamiento de Calviá, ya que si bien es cierto que no se dio audiencia al ente local, ello no supone que se prescindiese total y absolutamente del procedimiento, ya que se siguió el cauce procedimental establecido reglamentariamente.

### 9. TRANSPORTES

#### Autotaxi

Un significativo número de sentencias del Tribunal Supremo han tenido como objeto analizar la conformidad a derecho de la actuación administrativa del Ayuntamiento de Madrid por la que, previa constatación de que el recurrente no venía explotando la licencia de autotaxi de su titularidad en régimen de plena y exclusiva dedicación y de incompatibilidad con otra profesión, con base en el artículo 17 del Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles Ligeros, se le concedía un plazo de tres meses para que transfiriese la precitada licencia de autotaxi o acreditara haber cesado en la actividad origen de la incompatibilidad. Frente a dicha actuación los recurrentes solicitan la anulación de las resoluciones administrativas y reclaman el amparo en el ejercicio de los derechos inherentes a la licencia de autotaxi de que son titulares, aduciendo además la inconstitucionalidad sobrevenida del Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles Ligeros.

Las sentencias que se han ocupado de dicha cuestión son las siguientes: [SSTS de 12 de abril de 2004 (Ar. 2004, 3756), ya comentada brevemente en el número anterior de esta revista en esta misma sección, **20 de diciembre de 2004** (Ar. 2005, 884), **21 de diciembre de 2004** (Ar. 2005, 606), **22 de diciembre de 2004** (Ar. 2005, 400), **29 de diciembre de 2004** (Ar. 2005, 616), **12 de enero de 2005** (Ar. 2005, 622), **18 de enero de 2005** (Ar. 2005, 1256), **19 de enero de 2005** (Ar. 2005, 1259) y **21 de febrero de 2005** (Ar.1942)]. Todas ellas se han pronunciado sobre la impugnación de sendas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por las que se desestimaron los recursos interpuestos frente a resoluciones del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Madrid por las que, en aplicación del artículo 17 del Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles Ligeros, previa constatación de que los recurrentes no venían explotando la licencia de autotaxi de su titularidad en régimen de plena y exclusiva dedicación y de incompatibilidad con otra profesión, concedía al titular de la licencia un plazo de tres meses para que transfiriese la licencia o acreditara haber cesado en la actividad origen de la actividad incompatible.

Los argumentos que utilizan los recurrentes en sus recursos, y que son desestimados por las Sentencias del Tribunal Supremo, son los siguientes:

a) La declaración de incompatibilidad del concesionario de la licencia y el subsiguiente otorgamiento de un plazo razonable para transferir la licencia o cesar en la actividad incompatible es una medida sancionadora. Dado que las resoluciones impugnadas no se dictaron de acuerdo con el procedimiento sancionador, debe decretarse su nulidad.

El Tribunal Supremo rechaza esta argumentación. Recogiendo jurisprudencia propia anterior, así como la establecida en la STC 181/1990, de 15 de diciembre, diferencia las figuras de la revocación y de la revocación-sanción. Así, por ejemplo, en la sentencia de 21 de febrero de 2005 antes citada se afirma que

“Según la sentencia del Tribunal Constitucional 181/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 181), aunque trazar una línea divisoria entre la simple revocación de una licencia o la aplicación de una ‘revocación-sanción’ puede resultar difícil, en tanto la revocación de una licencia (al igual que su no otorgamiento) se base en el incumplimiento de los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para el desarrollo de la actividad pretendida, no cabe afirmar que se esté ante una medida sancionadora, sino de simple aplicación del ordenamiento por parte de la Administración competente.

Resulta especialmente significativa, a estos efectos, la distinción entre autorizaciones por operación y autorizaciones de funcionamiento que, como en la que corresponde al servicio impropio del taxi, se refieren al desarrollo de una actividad. Éstas responden al esquema de los actos-condición y son, pues, títulos jurídicos que colocan al autorizado en una situación objetiva, definida abstractamente por las normas aplicables constitutivas de un status complejo.

La revocación del título administrativo habilitante aparece, en consecuencia, como una condición resolutoria incorporada al mismo; de tal manera que, en caso de verificarse el presupuesto de la condición consistente en el incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del sujeto titular de la autorización, sobreviene la consecuencia jurídica de la extinción del acto administrativo por el que se otorgó el título.”

b) El artículo 17 del Reglamento Nacional de taxis, aprobado por el RD 763/1979, de 16 de marzo, no era aplicable al estar atribuida la competencia exclusiva en esta materia a la Comunidad Autónoma de Madrid, y tratarse de un reglamento estatal.

Este argumento también es rechazado. Para el Tribunal Supremo la asunción de competencias normativas por parte de las Comunidades Autónomas no hace inaplicable el Real Decreto estatal. Ninguna razón excluye la aplicación supletoria de una norma estatal cuando la misma no se haya desplazado por una norma autonómica de contenido opuesto o se haya derogado de forma expresa. En este sentido, la Ley autonómica 20/1998 de ordenación y coordinación de los transportes terrestres guarda silencio sobre el tema que regula el artículo 17 del Reglamento Nacional, y hace expresa referencia al carácter supletorio de la norma estatal.

c) Se alega también la vulneración del principio de igualdad, al entender los recurrentes que se les da un trato desigual y discriminatorio con relación a los asalariados y con los titulares de licencia en municipios de menos de 5.000 habitantes, ya que estos últimos no están sujetos a lo dispuesto en el artículo 17 del Reglamento Nacional.

El Tribunal Supremo rechaza este argumento al entender que las diferencias que contiene el artículo 17 citado son objetivas y razonables, sin que exista además una identidad de situaciones que reclame un trato igual entre los recurrentes y los titulares de licencia que se citan como parámetro de referencia.

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

d) Por último se alega vulneración del derecho de libertad de empresa. Frente a dicho argumento el Tribunal Supremo afirma que:

“El principio general del artículo 38 CE garantiza la libertad de empresa con la finalidad de fijar los límites en los que hayan de moverse los poderes públicos al adoptar cualquier clase de medidas que incidan en la economía nacional, y en nada ha de impedir la adopción de las medidas que el bien del servicio público de que se trate pueda exigir. El establecimiento de un sistema de incompatibilidades en el ejercicio de una profesión, que normalmente ha de desempeñarse de manera personal –precisamente con la finalidad de evitar abusos y especulaciones en torno al otorgamiento de las licencias de autotaxi– responde a unos criterios de política legislativa que no pueden menos que ser calificados de razonables, sea o no la regulación concreta elegida la más acertada.

Lo que no cabe es sostener que esa regulación vigente vulnera el principio de libre competencia, así como el de reserva de Ley en atención a la grave restricción que supone para el resto de las empresas y de todos los usuarios de este medio de transporte. La restricción aludida se queda en mera afirmación dialéctica, y no responde sino al unilateral criterio de la parte demandante, por lo que carece de virtualidad casacional (Sentencia de 12 de abril de 2004).”

**TOMÁS FONT I LLOVET**  
**ALFREDO GALÁN GALÁN**  
**JOSEP MOLLEVI BORTOLO**  
**JOAQUÍN TORNOS MAS**



**XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD****Sumario:**

**1. Consumo.** A) Productos comercializados en calidad de alimentos que contienen una concentración de nutrientes, y que se presentan con la finalidad de complementar la ingesta de tales nutrientes en la dieta normal. **2. Deporte.** A) Sanción de clausura de instalaciones deportivas y cuestión de competencia respecto al órgano jurisdiccional competente. **3. Educación.** A) No universitaria. a) Los profesores de religión no son funcionarios interinos sino contratados laborales. b) El adelanto de curso de un alumno con necesidades especiales por superávit cognoscitivo no forma parte del derecho fundamental a la educación. B) Universitaria. a) Discriminación indirecta en exigir requisitos previstos en su Estado para extranjeros. **4. Extranjeros.** A) Denegación de entrada. B) Permiso de trabajo y de residencia. C) Expulsión. D) Asilo y condición de refugiado. E) Nacionalidad. **5. Sanidad.** A) Distinción entre “medicamento” y “producto alimenticio” (y sus consecuencias) en el Derecho comunitario. **6. Seguridad privada.** A) ¿Son conformes con el orden de distribución de competencias las actuaciones administrativas que se atribuyen a órganos y autoridades de la Administración General del Estado en relación con el personal de seguridad por el Reglamento de seguridad privada?

**1. CONSUMO****A) Productos comercializados en calidad de alimentos que contienen una concentración de nutrientes, y que se presentan con la finalidad de complementar la ingesta de tales nutrientes en la dieta normal**

Las SSTJCE de 12 de julio de 2005, asuntos C-154/04 y C-155/04, resuelven las peticiones de decisión prejudicial cuyo objeto es el examen de la validez de los artículos 3, 4, apartado 1, y 15, párrafo segundo, letra b), de la Directiva 2002/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de junio de 2002, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de complementos alimenticios.

El artículo 15 de la citada Directiva dispone que los Estados miembros adoptarán a más tardar el 31 de julio de 2003, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para su cumplimiento, y se aplicarán de tal forma que, por una parte, permitan a más tardar a partir del 1 de agosto de 2003 el comercio de los productos que cumplan

lo dispuesto en la Directiva; y por otra parte, prohíban, a más tardar a partir del 1 de agosto de 2005, el comercio de los productos que no cumplan lo dispuesto en la Directiva. Con arreglo a su artículo 16, la Directiva 2002/46 entró en vigor el 12 de julio de 2002, día de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

En la Directiva 2002/46 se incluyen dos anexos que contienen sendas listas relativas a las “vitaminas y minerales que pueden utilizarse en la fabricación de complementos alimenticios” y a las “sustancias vitamínicas y minerales que pueden utilizarse en la fabricación de complementos alimenticios”, respectivamente. Las demandantes en el litigio principal del asunto C-154/04 son, por una parte, una asociación europea de fabricantes, mayoristas, distribuidores, minoristas y consumidores de complementos alimenticios, y, por otra, un pequeño distribuidor y minorista especializado en complementos alimenticios en el Reino Unido. Las demandantes en el litigio principal del asunto C-155/04 son dos asociaciones empresariales que representan aproximadamente a 580 empresas, la mayoría pequeñas, dedicadas a la distribución de productos dietéticos en el Reino Unido.

El Tribunal de Justicia concluye que la prohibición que se deriva de los artículos 3, 4, apartado 1, y 15, párrafo segundo, letra b), de la Directiva 2002/46 tiene por objeto la protección de la salud de las personas, que constituye un objetivo de interés general. No ha quedado acreditado que esta prohibición sea inadecuada para alcanzar tal objetivo. En este contexto, no cabe considerar, a la luz de la finalidad perseguida, que el obstáculo al libre ejercicio de una actividad profesional que constituye una medida de este tipo menoscabe de manera desmesurada el derecho al ejercicio de dicha libertad o el derecho de propiedad. De las consideraciones anteriores resulta que los artículos 3, 4, apartado 1, y 15, párrafo segundo, letra b), de la Directiva 2002/46 no son nulos por infringir el artículo 6 UE, apartado 2, interpretado a la luz del artículo 8 del CEDH y del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al citado Convenio, ni por vulnerar el derecho fundamental de propiedad o el derecho a ejercer una actividad económica.

Por otro lado, a juicio del Tribunal de Justicia, para apreciar el cumplimiento de la obligación de motivación, se debe tener en cuenta no sólo el tenor literal del acto, sino también su contexto, así como el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate. Si el acto impugnado revela lo esencial de los objetivos perseguidos por la institución, resulta innecesario exigir a ésta una motivación específica para cada una de las opciones de carácter técnico que realizó. En el caso de autos, del noveno considerando de la Directiva 2002/46 se infiere que las vitaminas y minerales a los que se aplica la prohibición son aquellos que no están presentes habitualmente en la dieta y que no se consumen. En cuanto a las sustancias vitamínicas o minerales existentes que son objeto de la prohibición, de los considerandos décimo y undécimo de la Directiva 2002/46 se desprende que una medida de este tipo responde a un interés general, expresado en el quinto considerando de dicha Directiva, de garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores autorizando únicamente la comercialización de productos que no representen un peligro para la salud de las personas, y que se explica porque las sustancias

de que se trata no habían sido objeto, cuando se adoptó la citada Directiva, de una evaluación por parte del Comité científico de la alimentación humana a la luz de los criterios de inocuidad y de biodisponibilidad con arreglo a los cuales se elaboró la lista. En consecuencia, se concluye que, las disposiciones de los artículos 3, 4, apartado 1, y 15, párrafo segundo, letra b), de la Directiva 2002/46 no son nulas por incumplir la obligación de motivación impuesta por el artículo 253 CE.

### 2. DEPORTE

#### A) Sanción de clausura de instalaciones deportivas y cuestión de competencia respecto al órgano jurisdiccional competente

La STS de 7 de abril de 2005, JUR 2005\133281, resuelve la cuestión negativa de competencia suscitada entre el Juzgado Central núm. 2 de lo Contencioso-administrativo y la Sala de igual orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para conocer del recurso contencioso-administrativo planteado por el Fútbol Club Barcelona.

El Juzgado Central declara su incompetencia, en síntesis, por lo siguiente: 1º) que en el presente caso se cuestiona la actuación de una entidad —la Federación Española de Fútbol, cuyas resoluciones resultan confirmadas por el Comité Español de Disciplina Deportiva— que, en manera alguna, resulta enmarcada entre aquellas a las que alude el artículo 9.c) de la Ley de la Jurisdicción, que se refiere a la denominada Administración Institucional; 2º) que la mencionada Federación deportiva participa de los caracteres de la Administración Corporativa, que engloba aquellas entidades que sobre un substrato asociativo forzoso y privado cumplen fines públicos de interés general, ejerciendo por delegación funciones públicas de carácter administrativo como agentes colaboradores de la Administración Pública; 3º) que es de aplicación el artículo 10.1.j) de la LJCA, que atribuye a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de aquellas actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional, y 4º) que la parte recurrente en la instancia ha optado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Por su parte, la Sala del TSJ de Barcelona tiene en cuenta que el único órgano administrativo que ha intervenido en el caso de autos es el Comité Español de Disciplina Deportiva, adscrito orgánicamente al Consejo Superior de Deportes, sin que, al efecto, sea relevante la previa intervención de los órganos federativos, en el ejercicio de sus potestades delegadas, dado el carácter jurídico-privado de las Federaciones deportivas, sujetas en este aspecto a la tutela del CSD. Por lo tanto, en aplicación del artículo 9.c) de la LJCA al impugnarse una resolución emanada del Consejo Superior de Deportes, organismo público con personalidad jurídica propia y con competencia en todo el territorio nacional, la competencia sería del Juzgado Central.

El Tribunal Supremo determina que al enjuiciar las cuestiones de competencia, el acto originario impugnado es el relevante cuando ha sido confirmado en vía de recurso, por lo que en el presente caso, el acto originario impugnado es el dictado por el Co-

mité de Competición de la Federación Española de Fútbol, confirmado luego por el Comité de Apelación de dicha Federación y, posteriormente, por el Comité Español de Disciplina Deportiva. En resumen, para determinar la competencia discutida habrá que tener presente la indicada resolución del mencionado Comité de Competición, y al no existir una regla competencial específica referida a tal resolución, la competencia para su enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.1.j) LJCA.

A tal conclusión no puede oponerse el hecho de que los acuerdos dictados por la Federación Española de Fútbol lo han sido actuando por delegación del Consejo Superior de Deportes, al que, por tanto, y como órgano delegante, habría que imputar los indicados acuerdos, lo que haría entrar en juego el artículo 9.c) de la Ley de la Jurisdicción, pues el Tribunal Supremo entiende que –aun cuando el artículo 30 de la Ley del Deporte disponga que “las Federaciones Deportivas Españolas, además de sus propias atribuciones, ejercen por delegación funciones públicas, de carácter administrativo”– no puede afirmarse que al ejercer las funciones disciplinarias las Federaciones estén actuando por delegación del Consejo Superior de Deportes, pues en estos casos no hay una delegación de competencias administrativas en los términos regulados en el artículo 13, apartados 1,3 y 4, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

### 3. EDUCACIÓN

#### A) No universitaria

##### a) Los profesores de religión no son funcionarios interinos sino contratados laborales

Diversas SSTS de 16 y 25 de enero de 2005, Ar. 2093, 1572, 1162 y 1624, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, ratifican la condición de contratados laborales y no funcionarios interinos –que ya había proclamado anteriormente la Sala Cuarta del Tribunal Supremo–, de los profesores de religión.

##### b) El adelanto de curso de un alumno con necesidades especiales por superávit cognoscitivo no forma parte del derecho fundamental a la educación

Así lo proclama la STS de 8 de febrero de 2005, Ar. 919, reiterando lo dicho en alguna otra ocasión anterior (SSTS de 1 de junio de 1993, Ar. 4488 y de 19 de julio de 2002, Ar. 8005).

### B) Universitaria

#### a) Discriminación indirecta en exigir requisitos previstos en su Estado para extranjeros

La STJCE de 7 de julio de 2005, as. Comisión contra Austria, C-147/03, aprecia una discriminación indirecta –esto es, que una previsión normativa (austriaca, en el caso), aunque se aplica indistintamente a todos los estudiantes, viene a afectar en mayor medida a los nacionales de otros Estados miembros–, contraria al Derecho comunitario, en un precepto de una Ley austriaca que establece que los estudiantes que hayan obtenido su título de estudios secundarios en un Estado miembro distinto de la República de Austria que deseen cursar sus estudios superiores o universitarios en una rama determinada de la enseñanza austriaca deben no sólo presentar el citado título sino también probar que reúnen los requisitos de admisión a los estudios superiores o universitarios en el Estado miembro en el que hayan obtenido el título (como haber aprobado un examen de ingreso u obtenido una nota suficiente para ser incluido en el *numerus clausus*).

## 4. EXTRANJEROS

### A) Denegación de entrada

La STC 72/2005, de 4 de abril, al resolver un recurso de amparo interpuesto por un ciudadano marroquí que pretendió entrar en España, efectúa algunas consideraciones jurídicas de interés a este respecto. Así, la resolución administrativa que acuerda la denegación de entrada en territorio español y ordena el retorno al lugar de procedencia se considera que “carece de naturaleza sancionadora”, puesto que no concurre en ella una función represiva, retributiva o de castigo –que es lo propio de las sanciones–, sino que se dicta como “consecuencia jurídica reglada de la constatación administrativa del incumplimiento de requisitos legales para el ejercicio del derecho de entrada en el territorio nacional”.

Con respecto al “derecho de entrada en España” y a la “libertad de residencia” –como doble contenido del artículo 19 CE que se consideraba conculcado por el recurrente en amparo–, el Tribunal Constitucional dirá lo siguiente. Con referencia al derecho a residir libremente en España, no le puede corresponder al extranjero que no haya tenido entrada en España. Con referencia al derecho de entrada en España, éste sólo está reconocido constitucionalmente a los españoles y no es un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros, con apoyo en el artículo 19 CE aunque quienes estén de hecho en España podrán solicitar la protección de ese derecho por los Jueces y Tribunales españoles (que deben tutelarlos de acuerdo con las exigencias del artículo 24 CE, que, éste sí, recoge un derecho del que son titulares los extranjeros).

**B) Permiso de trabajo y de residencia**

La STS de 21 de octubre de 2004, Ar. 1151 de 2005, resuelve en sentido estimatorio una cuestión de ilegalidad en relación con el artículo 84.5 del Real Decreto 864/2001, por permitir la inadmisión de la solicitud de permiso de trabajo sin el requerimiento previo para la subsanación de los defectos apreciados por la Administración.

La STS de 2 de febrero de 2005, Ar. 1833, anula una denegación de permiso de residencia –y ordena retrotraer las actuaciones administrativas– por insuficiencia de motivación, ya que la resolución se remite genéricamente a un precepto reglamentario que recoge hasta cinco causas de denegación, sin que la Administración hubiera precisado cuál de ellas es la que considera de aplicación.

**C) Expulsión**

La STJCE de 2 de junio de 2005, caso Dörr, C-136/03, dictada en una cuestión prejudicial interpretativa, está llamada a tener, también entre nosotros, una destacada importancia en el ámbito de que se trata (la expulsión de un ciudadano de otro Estado miembro). Aquí nos fijaremos exclusivamente en la interpretación que el Tribunal de Luxemburgo ha realizado de la garantía prevista en el apartado 1 del artículo 9 de la Directiva 64/221 (“Cuando no exista la posibilidad de recurso judicial o cuando dicho recurso se limite a la legalidad de la decisión, o cuando el recurso no tenga efectos suspensivos, la decisión de denegar la renovación del permiso de estancia o de expulsar al titular de un permiso de estancia sólo podrá ser adoptada por la autoridad administrativa, salvo en caso de urgencia, previo dictamen de una autoridad competente del país de acogida ante la cual el interesado deberá poder hacer valer sus medios de defensa y hacerse asistir o representar en las condiciones de procedimiento previstas por la legislación nacional. Esta autoridad deberá ser distinta de la facultada para tomar la decisión de denegación de la renovación del permiso de estancia o la decisión de expulsión”).

Pues bien, recordando jurisprudencia previa, se dirá en esta Sentencia que los Estados miembros deben adoptar todas las disposiciones necesarias para garantizar que cualquier nacional de otro Estado miembro contra quien se haya dictado una orden de expulsión disfrute de la protección que para él constituye el ejercicio del derecho a recurrir reconocido en la Directiva 64/221. Esta garantía sería, no obstante, ilusoria si, mediante la ejecución inmediata de dicha decisión, los Estados miembros pudieran privar al interesado de la posibilidad de beneficiarse de la estimación de los motivos alegados en su recurso. Así, es indiscutible que “una normativa de un Estado miembro que no confiera efectos suspensivos a los recursos judiciales contra resoluciones por las que se ponga fin a la estancia de nacionales de otros Estados miembros no responde a las exigencias de la Directiva 64/221” (a menos que se instituya una autoridad competente en el sentido del artículo 91 de dicha Directiva). Además, para que se considere que el recurso judicial de que dispongan los interesados tiene efectos suspensivos en el sentido del referido artículo, “sus efectos suspensivos deben ser automáticos. No basta que el órgano juris-

diccional competente esté habilitado para ordenar, a instancia del interesado y con determinados requisitos, la suspensión de la ejecución de la resolución por la que se pone fin a su estancia”.

Por su parte, la **STS de 15 de febrero de 2005**, Ar. 1020, anula una orden de expulsión de una mujer que realizaba actividades de “alterne”, y lo hace porque la sanción administrativa de expulsión del territorio español se efectúa sin la suficiente prueba de cargo por parte de la Administración y, en cuanto al fondo, porque es contraria a la interpretación que ha hecho el Tribunal Supremo sobre la licitud del denominado “alterne”.

Finalmente, las **SSTS de 1 y 2 de marzo de 2005**, Ar. 1909 y 1911, abordan de idéntica manera la cuestión de una expulsión en concurrencia con procesos penales no finalizados. Así, ratificando jurisprudencia propia anterior (SSTS de 29 de noviembre y 21 de diciembre de 2004, Ar. 8154 y 66 de 2005), el Tribunal Supremo interpretará lo siguiente: el principio *non bis in idem* no impide que una condena penal por delito doloso pueda ser considerada también como causa de expulsión de un extranjero; pero la cuestión debe abordarse desde una perspectiva diferente si la expulsión se funda en la comisión de unos hechos por los que existe pendiente un proceso penal, puesto que el mencionado principio conduce a que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, sea posible que ese enjuiciamiento y calificación se hagan con independencia si resultan de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Y de aquí deriva una regla de subordinación de la Administración a la actuación jurisdiccional que determina que no pueda pronunciarse aquélla hasta que no lo haya hecho la Jurisdicción y que los hechos declarados por ésta no puedan ser contradichos por la Administración. Aplicándolo al supuesto de que se trataba, resulta que la Administración puede solicitar al Juez, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la autorización de expulsión de un extranjero encartado en un procedimiento por delitos menos graves, siempre que se aplique una causa de expulsión distinta de la realización de esos hechos por los que se sigue causa penal, puesto que, en caso contrario —como sucedía en los dos supuestos de los que trataban las sentencias citadas—, la Administración no puede pronunciarse sobre ellos sin que antes lo haya hecho la Jurisdicción penal.

### **D) Asilo y condición de refugiado**

Como en crónicas anteriores, en este apartado es donde se ha producido un mayor número de pronunciamientos del Tribunal Supremo. Siguiendo la sistemática de otras veces, podemos reagruparlos de la siguiente manera.

En primer lugar, muchas sentencias ratifican la procedencia de la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo (**SSTS de 19 de diciembre de 2003**, Ar. 2084 y 2086 de 2005; **30 de diciembre de 2004**, Ar. 938 de 2005; **7 de enero de 2005**, Ar. 941; **15 de enero de 2005**,

Ar. 2089 y 2091; 26 de enero de 2005, Ar. 1073; 1 de marzo de 2005, Ar. 1862, 1863, 1864 y 1919; 2 de marzo de 2005, Ar. 1869 y 1912; 3 de marzo de 2005, Ar. 1768, 1771, 1772, 1774 y 1913; 10 de marzo de 2005, Ar. 2050, 2051, 2053, 2055, 2056, 2057, 2058, 2059, 2060, 2063 y 2066); la mayoría de ellas por no aportar el solicitante indicios suficientes de persecución o alegar causas que legalmente no justifican su otorgamiento. Sin embargo, algunas otras sentencias rechazan la inadmisión, ordenando que se continúe el procedimiento hasta la resolución de fondo, al considerar que el motivo alegado para la inadmisión no era propio de esta fase inicial sino de la concesión (o no) de la solicitud (SSTS de 28 de diciembre de 2004, Ar. 829 de 2005; 29 de diciembre de 2004, Ar. 832 de 2005; 4 de enero de 2005, Ar. 939; 5 de enero de 2005, Ar. 940; 27 de enero de 2005, Ar. 1075; 2 de febrero de 2005, Ar. 1015; 1 de marzo de 2005, Ar. 1950; y 3 de marzo de 2005, Ar. 1773).

En segundo lugar, tenemos otro grupo de sentencias que ratifican la legalidad de la denegación de la solicitud de asilo –no hay, en este período, sin embargo ninguna que anule una denegación– (SSTS de 18 de diciembre de 2003, Ar. 2083 de 2005; 27 de diciembre de 2004, Ar. 1993 de 2005; 23 de enero de 2005, Ar. 2096; 15 de febrero de 2005, Ar. 1893; 1 de marzo de 2005, Ar. 1865; 2 de marzo de 2005, Ar. 1867, 1868 y 1952, y 10 de marzo de 2005, Ar. 2065).

### **E) Nacionalidad**

La STS de 15 de diciembre de 2004, Ar. 974 de 2005, ratifica la denegación de la solicitud de nacionalidad española por considerar que no cumplía con el requisito de la “buena conducta cívica” quien había sido detenido por la policía y tenía abiertas unas diligencias penales (que luego fueron archivadas).

Sin embargo, la STS de 14 de febrero de 2005, Ar. 1921, anula una denegación, fundamentalmente, por las circunstancias concretas del caso: se trataba de un nacido en territorio español, del que el resto de su familia (padres y hermanos) ya tenían todos ellos la nacionalidad española y los hechos que podían constituir incumplimiento del requisito de la buena conducta cívica habían ocurrido en 1985.

## **5. SANIDAD**

### **A) Distinción entre “medicamento” y “producto alimenticio” (y sus consecuencias) en el Derecho comunitario**

La STJCE de 9 de junio de 2005, as. HLH, C-211, 299 y 316 a 318/03 (acumulados), resuelve sendas cuestiones prejudiciales interpretativas del Derecho comunitario relativas a alimentos y medicamentos para uso humano. De forma complementaria a lo recogido en nuestra crónica del número anterior de esta Revista en materia de consumo, muy sintéticamente, lo que esta (compleja y extensa) Sentencia ha dicho, es lo siguiente.

## XV. Bienestar, Consumo, Educación y Sanidad

A) Para calificar un producto de medicamento o de producto alimenticio deben tenerse en cuenta todas sus características, tanto las que presenta en su estado inicial, como las que presenta después de mezclarse, según las instrucciones para su consumo, con agua o yogur.

B) A un producto que cumple los requisitos para ser considerado tanto un producto alimenticio como un medicamento se le aplican exclusivamente las disposiciones específicas de Derecho comunitario en materia de medicamentos.

C) Las propiedades farmacológicas de un producto son el criterio en virtud del cual corresponde a las autoridades de los Estados miembros apreciar, teniendo en cuenta las propiedades potenciales de dicho producto, si, con arreglo al artículo 1, punto 2, párrafo segundo, de la Directiva 2001/83/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, puede administrarse al hombre con el fin de establecer un diagnóstico médico o de restablecer, corregir o modificar las funciones fisiológicas del hombre. El riesgo que el uso de un producto puede conllevar para la salud es un criterio autónomo que las autoridades nacionales competentes también deben tener en cuenta al calificar el citado producto de medicamento.

D) Un producto calificado de medicamento en el sentido de la Directiva 2001/83 sólo puede importarse a otro Estado miembro una vez obtenida una autorización de comercialización expedida conforme a lo dispuesto en dicha Directiva, aun cuando se comercialice legalmente como producto alimenticio en otro Estado miembro.

E) El concepto de “niveles máximos de seguridad” que figura en el artículo 5, apartado 1, letra a), de la Directiva 2002/46 no reviste ninguna importancia a efectos de distinguir entre medicamentos y productos alimenticios.

F) Cuando un Estado miembro evalúa los riesgos que pueden conllevar para la salud determinados alimentos o complementos alimenticios, puede tomar en consideración el criterio de la existencia de una necesidad nutricional de la población del Estado miembro de que se trate. No obstante, la falta de tal necesidad no basta por sí sola para justificar, bien con arreglo al artículo 30 CE, bien en virtud del artículo 12 de la Directiva 2002/46, una prohibición total de comercializar alimentos o complementos alimenticios fabricados o comercializados legalmente en otro Estado miembro.

G) El hecho de que el margen de apreciación de que disponen las autoridades de un Estado miembro al determinar la falta de necesidad nutricional sólo sea objeto de un control jurisdiccional limitado es conforme al Derecho comunitario, siempre que el procedimiento nacional de control jurisdiccional de las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales en este ámbito permita que el órgano jurisdiccional ante el que se haya interpuesto un recurso de anulación de una decisión de este tipo aplique efectivamente, en el marco del control de su legalidad, los principios y las normas de Derecho comunitario pertinentes.

H) El artículo 1, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 258/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 1997, sobre nuevos alimentos y nuevos ingredientes alimentarios, debe interpretarse en el sentido de que un alimento o un ingrediente alimentario no ha sido utilizado en una medida importante para el consumo humano si, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, se acredita que, antes de la fecha de referencia, dicho alimento o ingrediente alimentario no ha sido consumido en cantidades significativas por los seres humanos en ningún Estado miembro. La fecha de referencia para apreciar la relevancia del consumo humano del citado alimento o ingrediente alimentario es el 15 de mayo de 1997.

Un órgano jurisdiccional nacional no puede plantear a la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria cuestiones relativas a la calificación de los productos. Un dictamen de dicha Autoridad, emitido, en su caso, sobre una materia que es objeto de un litigio pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, puede constituir un elemento de prueba que este órgano jurisdiccional debe tomar en consideración en el marco del citado litigio.

## 6. SEGURIDAD PRIVADA

### **A) ¿Son conformes con el orden de distribución de competencias las actuaciones administrativas que se atribuyen a órganos y autoridades de la Administración General del Estado en relación con el personal de seguridad por el Reglamento de seguridad privada?**

La STC 154/2005, de 9 de junio, resuelve varios conflictos de competencia acumulados promovidos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, en torno a diversos preceptos del Reglamento de Seguridad Privada y de la Orden del Ministerio de Justicia e Interior que lo desarrolla. En concreto en relación con los requisitos de habilitación, formación y acreditación del personal de seguridad privada, con la obtención de dicha habilitación o con su pérdida, con la acreditación de los centros de formación y también con la prestación de servicios con armas y con la uniformidad, entre otros extremos.

El Tribunal Constitucional confirma que todas las actuaciones administrativas cuya competencia se debate, se enmarcan en la prestación de servicios de vigilancia y seguridad de personas y bienes y para realizar servicios con armas u otras medidas de defensa, entre otras de similar naturaleza, y tienen indudable conexión con el mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que es en lo que consiste la materia de “seguridad pública”. Por lo que la seguridad privada se incluye como submateria de la seguridad pública a la que complementa, de forma subordinada.

Por su parte se añade que la vigente Ley de Seguridad Privada no forma parte del bloque de constitucionalidad (artículo 28 LOTC), por lo que los parámetros de constitucionalidad se ciñen a examinar si las competencias reclamadas se incardinan en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas que dispongan de policía de seguridad propia, con todas aquellas facultades que, bien por su especificidad o bien por su inherencia o

## XV. Bienestar, Consumo, Educación y Sanidad

complementariedad, son propias de las funciones o servicios policiales que hayan asumido con arreglo a lo dispuesto en los respectivos Estatutos y en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. O por el contrario, si corresponden al Estado, por tratarse de servicios policiales que han quedado reservados a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, o se trata de las restantes potestades o facultades administrativas que, siendo relevantes para la seguridad pública, no sean sin embargo propias ni inherentes de las funciones o servicios policiales, según han sido definidos por la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y por la Ley Orgánica a que se remite el artículo 104.2 CE.

En suma, el canon de enjuiciamiento, a juicio del TC, se concreta en que en materia de “seguridad pública” al Estado le corresponden todas las potestades normativas y ejecutivas, salvo las que se deriven de la creación de policías autonómicas en el marco de la Ley Orgánica a la que se refiere el artículo 149.1.29 CE. Esta última competencia incluye una doble dimensión orgánica y funcional respecto de los correspondientes servicios policiales y también la actividad administrativa que les sea inseparable por razón de inherencia o complementariedad. Sin embargo, en materia de seguridad pública y privada el Tribunal Constitucional omite de forma sistemática las competencias derivadas del artículo 148.1.22, que también a no dudar son competencia de seguridad pública (“vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones”), que en realidad hacen que en lugar de exclusividad se deba hablar de concurrencia o de materia compartida.

A continuación se desgrena el examen de cada uno de los preceptos recurridos y estima parcialmente el conflicto positivo de competencia planteado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña en relación con el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de seguridad privada y, en consecuencia, declara que vulneran las competencias de la Generalidad de Cataluña las facultades de ejecución atribuidas a órganos de la Administración General del Estado por los artículos 65.3 y 81.1.c) y 2 del Reglamento de seguridad privada. Igualmente, se estima que vulneran las competencias de la Generalidad de Cataluña las facultades de ejecución atribuidas a órganos de la Administración General del Estado por el párrafo tercero del artículo 14 de la Orden Ministerial de 7 de julio de 1995.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA

EDORTA COBREROS



**XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES****Sumario:**

**Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo.** A) Competencia. a) Juzgados de lo Contencioso-administrativo. a') Recurso contra resolución del Ministerio de Fomento desestimatoria de recurso contra resolución del Director General de Transportes. b') Recurso contra actos del Servicio Canario de Salud. b) Sala de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. a') Recurso contra resolución relativa a enajenación de viviendas militares. b') Recurso contra acto del INSALUD en materia de responsabilidad patrimonial cuando a la fecha de la transferencia del servicio no había recaído resolución definitiva. B) Sujetos. a) Legitimación. a') Los partidos políticos no tienen legitimación para recurrir contra la regulación de la deducción por maternidad en el IRPF. b') Las Comunidades Autónomas están legitimadas según la afectación del ámbito de su autonomía por el acto o disposición recurrida. c') Las Cámaras de Comercio pueden impugnar normas de Territorios Históricos sobre el Impuesto de Sociedades. d') La Administración expropiante no tiene interés directo para recurrir la valoración del Jurado Provincial de Expropiación cuando existe un beneficiario. C) Objeto. a) Actos separables. b) El acto por vía de hecho documentada de carácter favorable sólo puede revocarse por medio de la revisión de oficio. D) Procedimiento. a) Interposición: no basta con el mero conocimiento de la existencia del acto, sino que debe conocerse su contenido. b) Inadmisión: ha de evitarse en lo posible la declaración de inadmisión en sentencia. c) Sentencias: la congruencia se refiere a las pretensiones de las partes y no a las alegaciones jurídicas invocadas para sustentar aquéllas. d) Desaparición del objeto por anulación de los actos de los que derivan los requerimientos de pago. e) Ejecución de sentencia: la resolución del incidente debe revestir la forma de auto. f) Procedimiento de extensión de efectos de sentencias: se requiere identidad de situaciones, no analogía o semejanza. E) Medidas cautelares. a) Para suspender la ejecutividad de una liquidación tributaria ha de prestarse aval que abarque la sanción impuesta. b) La compra de un bien inmueble por un extranjero no integra un supuesto

de arraigo que determine la suspensión de la orden de expulsión. F) Costas: las normas de los Colegios de Abogados sobre honorarios no vinculan a los órganos judiciales que resuelven sobre su impugnación. **2. Recurso de casación.** A) Inadmisión. a) Cuantía. a') Los intereses legales son una pretensión accesoria y no se tienen en cuenta para el cómputo del débito principal, salvo que su importe fuera superior a aquél. b') El límite casacional es aplicable a las resoluciones del Tribunal de Cuentas dictadas en materias de responsabilidad contable. c') En supuestos de comunidad de bienes la cuantía se fija según la participación de cada comunero. b) Son inadmisibles las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia dictadas tras la LJ de 1998 en asuntos pendientes competencia de los Juzgados. B) Motivos: supuestos en los que es posible la valoración de la prueba. **3. Recurso de casación en interés de ley.** A) Legitimación: las Comunidades de Regantes no tienen legitimación para recurrir en asuntos relativos al cobro de deudas por gastos de conservación. **4. Recurso de casación para unificación de doctrina.** A) Inadmisión: cuantía: ha de tenerse en consideración el importe de la cuota tributaria resultante, no del valor catastral.

## INTRODUCCIÓN

La presente crónica, que abarca el período de marzo a junio de 2005 en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi recoge diversos pronunciamientos jurisdiccionales referentes tanto a la antigua como a la nueva Ley Jurisdiccional de 1998, entre los que merece ser destacado el relativo a la legitimación de los partidos políticos.

### 1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

#### A) Competencia

##### a) Juzgados de lo Contencioso-administrativo

a') Recurso contra resolución del Ministerio de Fomento desestimatoria de recurso contra resolución del Director General de Transportes

La STS de 18 de enero de 2005, Ar. 838, se refiere a la doctrina que establece que en los supuestos en los que se esté ante infracciones que si bien están previstas en la normativa sobre transportes terrestres, son sancionadas por constituir fundamentalmente materia de seguridad vial por los órganos competentes en relación con la ordenación del tráfico, los

## **XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales**

recursos contencioso-administrativos que puedan entablarse contra los actos sancionadores derivados de las expresadas infracciones deben ser enjuiciados, según los supuestos, por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo o por los Juzgados Centrales, por estar entonces realmente ante la materia de “tráfico, circulación y seguridad vial” a la que se refiere el artículo 8.2.b).1 de la Ley de esta Jurisdicción (versión anterior a la reforma introducida por la Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre).

### **b') Recurso contra actos del Servicio Canario de Salud**

El acto recurrido en el supuesto analizado por la **STS de 26 de octubre de 2004**, Ar. 7344, procede de la Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno de Canarias, sobre autorización de apertura de una nueva oficina de farmacia, resolución que se adoptó por delegación al estar integrada la referida Dirección General de Salud Pública en el organismo autónomo Servicio Canario de Salud creado por Ley 11/1994, de 26 de julio. Pues bien, con arreglo a lo previsto en el artículo 8.3 LJCA, los recursos que se deduzcan contra los actos de los organismos, entes, entidades o corporaciones de derecho público cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional, cual es el caso, están atribuidos al conocimiento de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo en única o primera instancia y, en segunda instancia, a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, con arreglo al artículo 10.2.

### **b) Sala de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia**

#### **a') Recurso contra resolución relativa a enajenación de viviendas militares**

La **STS de 1 de febrero de 2005**, Ar. 1646, analiza un recurso contencioso-administrativo que tiene por objeto una resolución administrativa que excluye al recurrente de un concurso para la enajenación de viviendas militares desocupadas que se dirige sólo a personal del Ministerio de Defensa, por lo que la materia sobre la que versa el recurso contencioso-administrativo origen de las actuaciones ha de calificarse como de personal, pues así se consideran todas aquellas cuestiones que, relacionadas con el personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan su fundamento o causa de pedir en la relación jurídica que vincula al empleado público con la Administración. Pues bien, la sentencia comentada nos recuerda la notoria y abundante doctrina que considera que las cuestiones surgidas en torno a las viviendas militares tienen la naturaleza procesal de cuestiones de personal por lo que la competencia discutida corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia dado lo dispuesto en el artículo 10.1.i), en relación con el 9.c), de la LJCA.

#### **b') Recurso contra acto del INSALUD en materia de responsabilidad patrimonial cuando a la fecha de la transferencia del servicio no había recaído resolución definitiva**

La **STS de 26 de octubre de 2004**, Ar. 7424, analiza la determinación de la subrogación en los derechos y deberes de la Administración estatal por parte de la Comunidad Autóno-

ma en los supuestos en que con anterioridad a la fecha del traspaso de competencias se ha podido producir el juego del silencio administrativo negativo, resolviendo la cuestión de competencia en favor de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia, toda vez que en la fecha de transferencia del servicio correspondiente no se había producido aún la resolución definitiva del expediente.

## **B) Sujetos**

### **a) Legitimación**

#### **a') Los partidos políticos no tienen legitimación para recurrir contra la regulación de la deducción por maternidad en el IRPF**

La STS de 18 de enero de 2005, Ar. 899, analiza la falta de legitimación de un partido político para impugnar la “deducción por maternidad” en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de conformidad con las previsiones establecidas en el artículo 19.1 de la LJCA.

Además de las cualidades necesarias para comparecer ante los tribunales [*legitimatío ad processum* (legitimación para el proceso)] la ley exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo y para que la oposición y las excepciones a la misma puedan hacerse valer, que las partes ostenten legitimación procesal [*legitimatío ad causam* (legitimación para el asunto)]. Esto significa que se encuentren en una determinada relación con el objeto del litigio en virtud de la cual sean dichas personas las llamadas a ser partes (activa o pasiva) en el proceso de acuerdo con los criterios para el reconocimiento del derecho a impetrar la tutela judicial establecidos en la ley según los distintos órdenes jurisdiccionales.

La legitimación activa, que aquí interesa, es una relación fijada por la ley entre una persona y el contenido de la pretensión necesaria para que aquélla pueda ejercitarla ante los tribunales de justicia. En el orden contencioso-administrativo la legitimación activa se define, según una vieja jurisprudencia, en consideración a la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de suerte que, de estimarse ésta, se produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esta ventaja ha de ser concreta y efectiva. No es suficiente, como regla general, que se obtenga una recompensa de orden moral o el beneficio de carácter cívico o de otra índole que lleva aparejado el cumplimiento de la legalidad.

Pues bien, según la resolución comentada, no es apreciable en el partido político la titularidad de ningún derecho subjetivo relacionado con la deducción de que se trata, ni tan siquiera un interés legítimo en la supresión de la misma. En efecto, ya que no se trata de una acción popular y no puede invocarse el mero interés por la legalidad o la constitucionalidad de la norma para justificar la legitimación activa, no se aprecia, para dicho partido

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

demandante, un perjuicio que sea consecuencia de la norma impugnada o un eventual beneficio que resulte de su anulación.

La LJCA, dentro de marco fijado por el artículo 24.1 de la Constitución, contempla expresamente como legitimadas a “las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 [grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos] que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos” [artículo 19.1.b)] y continúa fundando de manera básica la legitimación activa ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de las personas físicas o jurídicas en la noción de “derecho o interés legítimo” [artículo 19.1.a)]. La regla primeramente apuntada constituye una especificación de esta última.

Los partidos políticos constituyen instrumentos de participación política de los ciudadanos en el Estado democrático. Según el artículo 6 de la Constitución expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Esta naturaleza les atribuye una función política de carácter general que no es suficiente, sin embargo, para conferirles legitimación para la impugnación de cualquier disposición o acto administrativo que pueda tener efectos políticos, si no se aprecia una conexión específica con su actuación o funcionamiento. No es suficiente que exista una relación entre la disposición que pretende impugnarse y los fines de política general que puedan perseguir como asociaciones de participación política. Sostener la existencia en favor de los partidos de legitimación para impugnar cualquier disposición o acto administrativo por la relación existente entre los fines que aquéllos pueden perseguir según su ideología o programa de actuación y el sector político, social o económico sobre el que produce efectos aquella disposición o acto, equivaldría a reconocerles una acción popular. En efecto, nadie puede imponer límites materiales a la actuación de los partidos y a los fines perseguidos por éstos (ejercen libremente sus actividades, según el artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos), fuera de los que derivan del funcionamiento del sistema democrático con arreglo a la Constitución y de su sometimiento al ordenamiento jurídico.

En el supuesto contemplado por la sentencia analizada, el recurrente señala como objeto de su pretensión el artículo 22 del Real Decreto 27/2003 por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en lo que se refiere a la deducción por maternidad. Sin embargo, el Alto Tribunal no considera acreditado el interés legítimo del partido político que ejercita la acción, pues no es suficiente la conexión genérica entre los fines y la actividad propia de un partido político (en suma, la formación de la voluntad popular y la participación política) y el objeto del pleito, centrado en una disposición administrativa relacionada con la posibilidad de obtener una deducción impositiva por razón de maternidad. La función de control del Gobierno propia de los partidos políticos se canaliza mediante su actuación a través de los diputados y senadores y de los grupos parlamentarios en las Cortes Generales, a quien se atribuye específicamente la función de control del Gobierno en la Constitución (artículo 66.2). No lleva consigo una relación específica entre las disposiciones generales o los actos administrativos del Gobierno y la actuación de los partidos políticos suficiente para legitimarlos para

su impugnación ante los tribunales con carácter general e indiscriminado. Por último, la jurisprudencia constitucional que ha reconocido la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de derecho público, como es el caso de los partidos políticos, nada añade a las consideraciones anteriores, pues la personalidad jurídica (que comporta el reconocimiento de *legitimatio ad processum*), no lleva consigo necesariamente el reconocimiento de *legitimatio ad causam*.

**b') Las Comunidades Autónomas están legitimadas según la afectación del ámbito de su autonomía por el acto o disposición recurrida**

La más reciente jurisprudencia sobre la legitimación ha manifestado: a) En primer término, que la legitimación activa implica una especial relación del demandante con el objeto de proceso. No se puede confundir, sin embargo, lo que constituye el fondo del asunto, legitimación *ad causam*, con la legitimación como presupuesto procesal que lo único que requiere del accionante es que éste se presente en el proceso como titular de unos derechos o intereses afectados por los resultados de éste. La cuestión sobre la existencia de esos derechos constituye el fondo del asunto y queda excluida del debate estrictamente procesal. b) La Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene entendiendo que hay legitimación cuando: “ese interés, desde el punto de vista procedimental administrativo y el procesal jurisprudencial, es una situación reaccional, en pro de la defensa y efectiva reintegración de lo que doctrinalmente se ha llamado el propio círculo jurídico vital, y, en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, está conectado con este concepto de perjuicio, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico, o incluso de índole moral (sin que sea necesario que quede asegurado de antemano que haya de obtenerlo, ni que deba tener apoyo en un precepto legal expreso y declarativo de derechos) así como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionaría un perjuicio, con tal de que la repercusión del mismo no sea lejanamente derivada o indirecta sino resultado inmediato de la resolución dictada o que se dicte o llegue a dictarse.

En base a estas consideraciones, la **STS de 17 de noviembre de 2004**, Ar. 7841, ha señalado que la Comunidad Autónoma tiene legitimación para recurrir en la medida en que la Norma Foral recurrida afecta al ámbito de su competencia por la atracción de rentas y desplazamiento de costes hacia la Hacienda Foral que provoca la aplicación de la Norma sobre Presupuestos impugnada. Este perjuicio se constata con facilidad si se considera que la Comunidad Autónoma de La Rioja se financia mediante un porcentaje de participación en los tributos del Estado. Es claro, por ello, que la incidencia en la recaudación del Estado que deriva de la aplicación de la norma recurrida afecta directamente a sus intereses financieros, pues, en virtud de su régimen de financiación, tiene derecho a obtener un porcentaje de esta recaudación. Las oscilaciones que ésta sufra como consecuencia de la norma impugnada afecta, por ello, a sus intereses lo que justifica su legitimación para la interposición del recurso contencioso-administrativo.

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

c') Las Cámaras de Comercio pueden impugnar normas de Territorios Históricos sobre el Impuesto de Sociedades

La STS de 3 de noviembre de 2004, Ar. 7790, analiza un recurso interpuesto por la Cámara de Comercio e Industria de La Rioja contra tres Normas Forales aprobadas por las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, reguladoras todas ellas del Impuesto de Sociedades. Tras señalar que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene entendiendo que hay legitimación cuando: “ese interés, desde el punto de vista procedimental administrativo y el procesal jurisdiccional, es una situación reaccional, en pro de la defensa y efectiva reintegración de lo que doctrinalmente se ha llamado el propio círculo jurídico vital, y, en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, está conectado con este concepto de perjuicio, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico, o incluso de índole moral (sin que sea necesario que quede asegurado de antemano tener forzosamente que obtenerlo, ni que deba tener apoyo en un precepto legal expreso y declarativo de derechos) así como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionaría un perjuicio, con tal de que la repercusión del mismo no sea lejanamente derivada o indirecta sino resultado inmediato de la resolución dictada o que se dicte o llegue a dictarse”, la sentencia comentada concluye la existencia de legitimación de la entidad recurrente ya que tiene a su cargo la defensa y apoyo del Comercio e Industria de La Rioja, fines que entiende conculcados por la norma impugnada y de cuya anulación se deriva, por razones de orden geográfico y económico, una patente satisfacción de los objetivos que está llamada a satisfacer.

d') La Administración expropiante no tiene interés directo para recurrir la valoración del Jurado Provincial de Expropiación cuando existe un beneficiario

El Ayuntamiento posee la potestad expropiatoria en el término municipal sobre el que ejerce sus competencias, así resulta del artículo 2.1 de la Ley de Expropiación Forzosa. Sin perjuicio de lo anterior, en la STS de 28 de febrero de 2005, Ar. 1929, se dilucida si la Corporación recurrente tiene interés, y, por tanto, legitimación en un proceso donde lo que está en cuestión no es su potestad expropiatoria y su ejercicio, o la gestión de la misma, sino la valoración por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa del justo precio del bien concreto expropiado. En el supuesto contemplado por la Sentencia comentada la Administración expropiante carece de interés directo porque el precio a satisfacer, cuando existe un beneficiario de la expropiación como ocurre en este caso, en el que además concurre la condición de persona jurídica privada, sociedad mercantil que ha de abonar el precio que ha convenido con el expropiado o el fijado por el órgano de valoración de aquél, (sin que se haya planteado cuestión alguna sobre posibles responsabilidades de la Administración expropiante por demora en la tramitación del expediente expropiatorio), como resulta del artículo 5 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, es algo ajeno a su interés y, por tanto, carece de legitimación para su impugnación.

### C) Objeto

#### a) Actos separables

La STS de 16 de diciembre de 2004, Ar. 814, analiza un caso en el que la inadmisión a trámite de las impugnaciones contra la modificación de la clasificación del contratista y la subsiguiente publicación ampliando el plazo de presentación de solicitudes no vedaban la continuidad del procedimiento de selección del contratista pero sí producían indefensión a los partícipes iniciales. Provocaba que sólo frente al acto de adjudicación del contrato, tras la oportuna proposición por la Mesa de Contratación, podría el licitante interesado impugnar la adjudicación. Se contravenía de ese modo la reiterada doctrina jurisprudencial acerca de la posibilidad de impugnar separadamente la aprobación de las bases de los concursos. Al no permitir su impugnación las convertía en consentidas y firmes impidiendo, por tanto, que los recursos que se formulen contra las adjudicaciones pudiesen fundamentarse en la ilegalidad de aquéllas. Obviamente si es factible impugnar las bases de un concurso también cabe combatir la modificación o alteración de aquéllas.

#### b) El acto por vía de hecho documentada de carácter favorable sólo puede revocarse por medio de la revisión de oficio

Al igual que en el supuesto de las inactividades de la Administración, las actuaciones materiales por vía de hecho se incluyen, también, con carácter novedoso, en el ámbito de la “actuación administrativa”, ocupándose de ellas el artículo 30 LJCA. La técnica elegida por el legislador, ya utilizada en algún tipo de relaciones interadministrativas (artículo 65 LBRL) es el del requerimiento o intimación potestativa previa a la vía jurisdiccional, por cuanto el interesado, ante una situación de vía de hecho deducida o derivada de alguna actuación de la Administración, cuenta, según el expresado artículo 30, con una doble posibilidad que el precepto especifica.

El propio legislador califica el recurso contra este tipo de actuaciones materiales como “una novedad destacable”, y lo define como aquel recurso mediante el cual “se pueden combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase”, teniendo la acción que a través del mismo se ejercita “una naturaleza declarativa y de condena y a la vez, en cierto modo, interdictal, a cuyo efecto no puede dejar de relacionarse con la regulación de las medidas cautelares”. Se trata, pues, de la técnica de la previa provocación, que recuerda el precedente francés de la *manque de procedure*, y que cuenta con algún antecedente en nuestra legislación, como es la contemplada en el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) de 16 de diciembre de 1954, para el supuesto de que “sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda (...) la Administración ocupare o intentare ocupar la cosa objeto de la expropiación”. Ante tales situaciones —exponente de una clara vía de hecho— el legislador ya señalaba en 1954 que “el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los inter-

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

dictos de retener y recobrar para que los Jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida”.

Pues bien, la conclusión a la que llega la STS de 1 de junio de 2004, Ar. 7099, es que en el supuesto contrario, esto es, en el que la vía de hecho administrativa ha producido unos efectos favorables para el administrado, que incluso el administrado tiene documentados, no resulta posible dejar sin efecto (ni tampoco “congelar”) las autorizaciones conseguidas por vía de hecho, al no existir resolución expresa. En supuestos como éstos el “error de gestión”, o el tan habitual “error informático” cuando va seguido de una expresa documentación de los efectos no puede ser objeto de una simple revocación o congelación. Los efectos de tal “acto por vía de hecho documentado”, desde tal perspectiva, sólo pueden quedar sin efecto mediante la utilización del mecanismo de la revisión de oficio que la parte recurrente, con razón, invoca.

### D) Procedimiento

#### a) Interposición: no basta con el mero conocimiento de la existencia del acto, sino que debe conocerse su contenido

Como ha señalado la STS de 24 de noviembre de 2004, Ar. 968, de conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la Ley 30/1992, para que empiece a correr el cómputo del plazo de interposición del recurso jurisdiccional no basta un mero conocimiento de la existencia de la actuación que pretenda impugnarse, es preciso que ese conocimiento abarque la totalidad de su contenido.

#### b) Inadmisión: ha de evitarse en lo posible la declaración de inadmisión en sentencia

La STS de 2 de noviembre de 2004, Ar. 7786, como jurisprudencia tradicional ha considerado posible declarar la inadmisión indistintamente en cualquiera de los momentos procesales previos o en sentencia de acuerdo con el artículo 82 LJCA de 1956. Este criterio sin embargo, debe ser abandonado por exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, que comporta normalmente un pronunciamiento judicial motivado sobre el fondo del asunto. Ha de evitarse, en lo posible, la declaración de inadmisibilidad en sentencia, dando la oportunidad de subsanar, cuando proceda, sus causas o motivos y propiciando, en todo caso, su apreciación anticipada. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (SSTC 22/1985, 109/1985, 55/1986 y 90/1991, entre otras), al no considerar como vía alternativa al artículo 8.3 de la LJCA de 1956 la del artículo 82.a) de la misma Ley, cuando se trata de apreciar la falta de competencia del órgano jurisdiccional. Y una interpretación constitucional de dicho artículo y del artículo 69 de la actual LJCA, generalizando la doctrina de las mencionadas sentencias, induce a mantener la conveniencia de que los órganos judiciales tomen en consideración la eventual causa de inadmisión antes de sentencia, pues no es indiferente para el ciudadano que se le aprecie la inadmisión de su recurso en un momento procesal inicial, sobre todo si ello permite la subsanación del motivo, o que se produzca tal inadmisión en sentencia después de una larga tramitación procesal con los perjuicios y gastos que ello origina. Ahora bien, la ex-

presada regla que rechaza la plena asimilación o equivalencia de los momentos procesales para declarar la inadmisibilidad de los recursos contencioso-administrativos no supone la exclusión de toda posibilidad de apreciar, incluso de oficio, las causas de inadmisibilidad en sentencia, según resulta de los reiterados artículos 82 LJCA de 1956 [salvo por la causa o motivo a) que las mencionadas sentencias del Tribunal Constitucional consideraron derogada] y 69 de la actual LJCA. No puede olvidarse el carácter de orden público que la jurisprudencia reconoce a la concurrencia de los requisitos procesales y que determina la necesidad de que sea apreciada su ausencia, incluso de oficio, en la misma sentencia, siempre que se observen dos garantías: que se trate de motivos o causas de inadmisión insubsanables y que el órgano judicial dé la adecuada oportunidad de alegación y defensa a las partes sobre su concurrencia.

**c) Sentencias: la congruencia se refiere a las pretensiones de las partes y no a las alegaciones jurídicas invocadas para sustentar aquéllas**

La STS de 25 de noviembre de 2004, Ar. 21, nos reitera la doctrina jurisprudencial según la cual se incurre en incongruencia, tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda –incongruencia omisiva o por defecto– como cuando resuelve *ultra petita partium* (más allá de las peticiones de las partes) sobre pretensiones no formuladas –incongruencia positiva o por exceso–; y, en fin, cuando se pronuncia *extra petita partium* (fuera de las peticiones de las partes) sobre cuestiones diferentes a las planteadas –incongruencia mixta o por desviación– (entre otras muchas, Sentencias del Tribunal Supremo 18 de noviembre de 1998 y 4 de abril de 2002). No incurre en incongruencia la sentencia que otorga menos de lo pedido, razonando por qué no se concede el exceso.

Según la jurisprudencia la congruencia exigida no requiere una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia. Basta con que ésta se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1991, 3 de julio de 1991, 27 de septiembre de 1991, 25 de junio de 1996 y 13 de octubre de 2000, entre otras muchas). El principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1991, 18 de octubre de 1991 y 25 de junio de 1996). Pero la falta de consideración, expresa o tácita, en la sentencia, de alguno de los motivos de nulidad –de suficiente entidad y sustantividad– esgrimidos por la parte recurrente puede ser también determinante en este orden jurisdiccional de la incongruencia de la sentencia (v. gr., sentencia de 8 de abril de 1996).

Con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de congruencia, para apreciar lesión constitucional por incongruencia, que consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, debe distinguirse, en primer lugar, entre lo que son meras alegaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas. Con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

explícita y pormenorizada a todas ellas. Respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor.

Del mismo modo, con carácter genérico y por lo que se refiere a la falta de motivación de la Sentencia, la resolución comentada precisa que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han señalado en innumerables resoluciones que al juzgador no le es exigible una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial, aunque sí es obligado, desde el prisma del artículo 24.2 CE que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi*.

### **d) Desaparición del objeto por anulación de los actos de los que derivan los requerimientos de pago**

Como nos recuerda la STS de 14 de febrero de 2005, Ar. 1758, la desaparición del objeto del recurso ha sido considerada como uno de los modos de terminación del proceso contencioso-administrativo, tanto cuando lo impugnado eran disposiciones generales, en que la ulterior derogación de éstas, o su declaración de nulidad por sentencia anterior, ha determinado la desestimación del recurso, no porque en su momento no estuviere fundado, sino porque la derogación sobrevenida de la norma priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real; como en recursos dirigidos contra resoluciones o actos administrativos singulares, en los que se ha considerado que desaparecía su objeto cuando circunstancias posteriores les privaban de eficacia, hasta el punto de determinar la desaparición real de la controversia.

### **e) Ejecución de sentencia: la resolución del incidente debe revestir la forma de auto**

Según la STS de 17 de noviembre de 2004, Ar. 7727, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la resolución del incidente de ejecución de sentencia debe revestir la forma de auto puesto que tal carácter corresponde a las resoluciones dirigidas a resolver todos los incidentes distintos de los expresamente mencionados en la norma cuando no esté prevenido que se dicten en forma de sentencia; forma de sentencia que sólo procede conforme al mismo precepto para aquellas resoluciones judiciales que decidan definitivamente las cuestiones del pleito en una instancia o en un recurso extraordinario, las que recayendo sobre un incidente pongan término al principal objeto del pleito, haciendo imposible su continuación, y las que declaren haber o no lugar a oír a un litigante condenado en rebeldía. Es por ello que, con independencia de la forma concreta que adopta la resolución judicial resolutoria del incidente en su rotulación como sentencia, su contenido constituye el propio de un auténtico auto y así ha de considerarse a efectos de la interposición del recurso de casación, lo que obliga a considerar con carácter previo la admisión de este recurso en función de lo dispuesto en el artículo 87.1.c) LJCA, que limita la posibilidad del recurso de casación en estos casos a los supuestos en que el auto dictado en ejecución resuelva cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta.

**f) Procedimiento de extensión de efectos de sentencias: se requiere identidad de situaciones, no analogía o semejanza**

El artículo 110 LJCA establece respecto de las cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública la extensión de los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada cuando concurra como primera circunstancia que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos en el fallo, teniendo en cuenta que la Disposición Transitoria Cuarta de la citada Ley establece que la ejecución de las sentencias firmes dictadas después de la entrada en vigor de dicha Ley se llevarán a cabo según lo dispuesto en ella.

Así, la Ley se preocupa de advertir que, en ningún caso, se podrá reconocer una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme, pues lo contrario supondría desvirtuar la naturaleza de esta forma de entender la ejecución de la sentencia, ya que no se trata de una extensión automática de los efectos de la sentencia, teniendo en cuenta el principio de seguridad jurídica.

En el caso analizado por la **STS de 22 de noviembre de 2004**, Ar. 7379, se entiende que no existe la identidad de situaciones jurídicas necesarias para que pueda procederse a la extensión de efectos de la sentencia, puesto que a diferencia de lo que sucede en el caso del funcionario favorecido por la sentencia cuya extensión de efectos se reconoce en los Autos recurridos y que solicitó oportunamente de la Administración el disfrute de sus vacaciones anuales correspondientes al año 1994 antes de que el mismo concluyera, en el caso del funcionario que solicita la extensión de efectos no hay constancia de que ésta haya solicitado en ningún momento a la Administración disfrute de las vacaciones anuales correspondientes a 1994, ya que, como subraya el Abogado del Estado, el carácter anual de las vacaciones retribuidas vincula necesariamente su disfrute al propio año al que las mismas se refiere, por lo que el interesado debe comunicar a la Administración las fechas en las que pretende disfrutarlas antes de que concluya el período anual correspondiente y ello se deduce de lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Texto Articulado de 7 de febrero de 1964) y en las Instrucciones de 21 de diciembre de 1983 y 27 de abril de 1995. En consecuencia, la parte interesada en la extensión de efectos de la sentencia ni solicitó ni tan siquiera comunicó en ningún momento a la Administración durante el año 1994 las fechas en las que deseaba tomar sus vacaciones, a diferencia de lo que sucedió en el caso del funcionario favorecido por la sentencia, lo que hace inadecuada la identidad de la situación jurídica de la parte recurrida, que no se ha personado en forma, con la situación jurídica en la que se encontraba en el momento de la interposición del recurso la parte favorecida por el fallo cuya extensión de efectos se pretende.

Este criterio es coherente con el reconocido en las precedentes Sentencias de 12 de enero de 2004, 27 de enero de 2004, 9, 10, 13 y 23 de febrero de 2004, 25 de mayo de 2004 y 13 de septiembre de 2004, que subrayan cómo el artículo 110.1.a) LJCA es terminante a este respecto y exige que sean, no semejantes, ni parecidas, similares o análogos, sino

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

idénticas las situaciones respecto de las que se pretende la extensión de efectos de la sentencia. Por tanto, es preciso operar con extremo cuidado a la hora de comprobar si existe o no esa identidad y tal requisito debe entenderse en sentido sustancial. Es decir, la Ley de la Jurisdicción está pidiendo que sean las mismas las circunstancias de hecho y las pretensiones jurídicas que sobre ellas se fundamentan en un caso y en el otro. En dicho precepto, concretamente, en su apartado 1.a) se establece que sólo cabe esa extensión cuando las situaciones jurídicas sean idénticas.

### E) Medidas cautelares

#### a) Para suspender la ejecutividad de una liquidación tributaria ha de prestarse aval que abarque la sanción impuesta

La STS de 5 de octubre de 2004, Ar. 10, ha señalado que para poder decretarse en la vía contencioso-administrativa la suspensión de la ejecutividad de la liquidación tributaria impugnada, referida sustancialmente a la parte de la deuda tributaria relativa a la sanción impuesta, ha de prestarse un aval bancario u otra de las garantías normativamente previstas (que abarque especialmente el indicado concepto de sanción tributaria), sin que baste para que la comentada suspensión se pueda producir que el aval o garantía se refiera, sólo, a la cuota y, en su caso, a los recargos e intereses de demora, sin necesidad de asegurar, también, las sanciones impuestas (por ser las mismas inejecutables mientras la vía administrativa no haya adquirido firmeza).

#### b) La compra de un bien inmueble por un extranjero no integra un supuesto de arraigo que determine la suspensión de la orden de expulsión

Las dificultades de defenderse en el proceso para los extranjeros obligados a salir del territorio español no tienen un valor decisivo para acceder a la suspensión de la ejecutividad de la orden de expulsión o de la conminación a abandonar dicho territorio, porque, de lo contrario, la suspensión se convertiría en una medida cautelar automática, lo que no se compadece con el principio de eficacia administrativa. Es, éste, un criterio jurisprudencial que cabe ver, entre otras, en las Sentencias de 25 de noviembre de 1995 –recurso de casación 1017/1993–, 17 de febrero de 1996 –recurso de casación 4842/1993–, 13 de marzo de 1999 –recurso de casación 6337/1995– y 13 de noviembre de 2000 –recurso de casación 10009/1997–; así como también, entre otros, en los Autos de 6 de junio de 1995 –recurso de apelación 1783/1992– y 18 de septiembre de 1995 –recurso contencioso-administrativo 808/1994–.

Por otra parte, el arraigo de un ciudadano extranjero en territorio español, bien sea por razones económicas, sociales o familiares, es causa suficiente para suspender la ejecutividad de una orden de expulsión o la obligación impuesta de abandonar España, por considerarse en estos casos como prevalente, de ordinario, el interés particular frente al general. Así puede leerse, entre otras, en la Sentencia de 2 de junio de 2001 –recurso de casación 1486/1999–, que cita, a su vez, las Sentencias de 28 de diciembre de 1998, 23 de enero, 3 de mayo, 11 de octubre, 15 de noviembre y 4 de diciembre de 1999 y 20 de enero de 2001. Es más, en un caso así, el mantenimiento de esos vínculos económicos,

sociales o familiares con el lugar en el que se reside, sin merma, quebranto o ruptura mientras se tramita el proceso, constituye, también, una o la finalidad legítima del recurso, en el sentido en que este concepto jurídico indeterminado es utilizado en la norma recogida en el artículo 130.1 de la actual Ley de la Jurisdicción.

Pues bien, para la **STS de 24 de noviembre de 2004**, Ar. 7855, la compra de un bien inmueble, no tiene, ni aun en el supuesto de que se destinara a vivienda del solicitante, entidad bastante para afirmar que el interés particular debe prevalecer sobre el general, o para considerar que el recurso perdería su finalidad legítima de no adoptarse la medida cautelar solicitada.

### **F) Costas: las normas de los Colegios de Abogados sobre honorarios no vinculan a los órganos judiciales que resuelven sobre su impugnación**

El **ATS de 7 de octubre de 2004**, Ar. 1805, ha señalado que las normas establecidas por los Colegios de Abogados relativas a los honorarios de sus colegiados tienen un carácter meramente orientador y no resultan vinculantes para los órganos jurisdiccionales a los que corresponde su determinación en caso de impugnación conforme establece el artículo 246.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el proceso en que se hayan devengado, tales como el trabajo profesional realizado, su mayor o menor complejidad, el interés y la cuantía económica del asunto, tiempo de trabajo, alcance y efectos en el desarrollo del proceso, entre otras.

## **2. RECURSO DE CASACIÓN**

### **A) Inadmisión**

#### **a) Cuantía**

a') Los intereses legales son una pretensión accesoria y no se tienen en cuenta para el cómputo del débito principal, salvo que su importe fuera superior a aquél

Es conocida la doctrina en virtud de la cual la exigencia de que la cuantía del recurso supere los veinticinco millones de pesetas, en cuanto presupuesto procesal, es materia de orden público que no puede dejarse a la libre disponibilidad de las partes, de aquí que su examen y control corresponda inicialmente al Tribunal *a quo* –ante el que se debe preparar el recurso– y posteriormente, en su caso, al Tribunal Supremo, sin que sea obstáculo ni a la denegación de la preparación del recurso ni a la inadmisión del mismo la circunstancia de que en su día se fijara como indeterminada la cuantía del recurso, a lo que ha de añadirse que es doctrina que la invocación de lesión de derechos fundamentales no altera el régimen general de los recursos, ni tampoco se quebranta el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de la Constitución porque un proceso contencioso-administrativo quede resuelto definitivamente en única instancia.

## **XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales**

Respecto de la alegación relativa a la acumulación de los intereses de legales a la cuantía del contrato, el **ATS de 7 de octubre de 2004**, Ar. 1804, señala cómo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.1.a) LJCA los intereses son una pretensión accesoria a la pretensión principal del recurso, en consecuencia, para fijar el valor de la pretensión debe tenerse en cuenta el débito principal, pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad, expresión esta comprensiva, entre otras, de los intereses de demora, pero con la salvedad de que cualquiera de éstos fuera de importe superior a aquél.

### **b') El límite casacional es aplicable a las resoluciones del Tribunal de Cuentas dictadas en materias de responsabilidad contable**

Al establecerse el recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, esta Ley se cuidó en el nuevo artículo 93.5 de incorporar al recurso de casación contencioso-administrativo las resoluciones del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable exclusivamente en los casos, es decir, por los motivos, regulados específicamente en el artículo 82 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, respecto del cual la jurisprudencia mantiene doctrina reiterada y completamente consolidada, consistente en respetar dichos motivos, similares a los del artículo 95 de la Ley 10/1992, de 30 de abril, aunque no coincidentes, en especial el señalado en el ordinal 4º, del artículo 82 de aquella Ley, por “error evidente en la apreciación de la prueba basada en documentos que obren en el procedimiento que demuestren la equivocación del órgano del Tribunal (de Cuentas), sin resultar contradicho por otros elementos de prueba”, peculiaridad casacional justificada por la naturaleza de la responsabilidad contable.

En consecuencia, señala la **STS de 15 de febrero de 2005**, Ar. 1842, el artículo 81, apartado 2, ordinal 1º, de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, fue derogado por el artículo 93, apartado 2, letra b), según la redacción dada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, quedando fijada la cuantía con carácter general, incluido, por tanto, el recurso de casación en materia contable, en la cifra de 6 millones de pesetas. Obviamente, esta cifra ha sido elevada a 25 millones de pesetas por el artículo 86, apartado 2, letra b), de la LJCA 1998.

### **c') En supuestos de comunidad de bienes la cuantía se fija según la participación de cada comunero**

La **STS de 13 de octubre de 2004**, Ar. 7409, nos recuerda que es jurisprudencia reiterada que la cuantía litigiosa, en los supuestos de comunidad de bienes o litisconsorcio activo se determina en función de la participación de cada comunero en la titularidad compartida y, a falta de previsión especial o de su constancia, por iguales partes entre todos ellos, en aplicación de la regla sobre acumulación subjetiva de acciones (artículo 41.2 de la LJCA y de la presunción establecida en el artículo 393, regla segunda, del Código Civil).

**b) Son inadmisibles las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia dictadas tras la LJ de 1998 en asuntos pendientes competencia de los Juzgados**

La STS de 8 de junio de 2004, Ar. 7746, reitera la doctrina acerca del tratamiento que, a efectos impugnatorios, debe darse a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/1998 en los procesos pendientes antes de esa fecha, cuya competencia corresponda, conforme a la misma, a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, que la Disposición Transitoria Primera, apartado 1, de la misma preceptúa continuarán tramitándose ante dichas Salas hasta su conclusión. Pues bien a esas sentencias, es doctrina consolidada que se les debe aplicar la Disposición Transitoria Primera, apartado 2, último inciso, de la Ley 29/1998, lo que significa que el régimen de recursos es el establecido en esa Ley para las sentencias dictadas en segunda instancia, contra las que no cabe recurso de casación, pues éste sólo procede –artículo 86.1– contra las recaídas en única instancia.

Es cierto que el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera, que contempla los “procesos pendientes” ante las expresadas Salas, guarda silencio al respecto, pero no lo es menos que el inciso final del apartado 2 de la misma transitoria, es decir, la regla que equipara el régimen de impugnación de las sentencias de las expresadas Salas a las dictadas en segunda instancia, cuando se trata de procesos que, conforme a la Ley 29/1998, se hayan atribuido a los Juzgados, está redactada en plural, “en estos casos” –dice–, expresión que permite entender comprende tanto los casos del apartado 2 como los del apartado 1. La interpretación contraria vaciaría prácticamente de contenido el apartado 2 de la Disposición Transitoria Primera –téngase en cuenta que la puesta en funcionamiento de los Juzgados tuvo lugar al día siguiente de la entrada en vigor de la Ley 29/1988– y resulta difícilmente conciliable con la “plena aplicación” del nuevo régimen de la casación a las resoluciones dictadas con posterioridad a su entrada en vigor –Disposición Transitoria Tercera–, que comporta que sólo puedan ser susceptibles de casación las sentencias que hubieran podido ser dictadas en única instancia con arreglo a la nueva Ley.

**B) Motivos: supuestos en los que es posible la valoración de la prueba**

La STS de 18 de noviembre de 2004, Ar. 192, nos resume la doctrina jurisprudencial elaborada en torno a la posibilidad de residenciar en sede casacional cuestiones de valoración de la prueba, anticipando ya que, como ponen de relieve las sentencias de esta Sala de 19 de marzo y 8 de octubre de 2001 y 12 de marzo de 2003, entre otras, debe tenerse en cuenta que es ya doctrina reiterada de esta Sala que la formación de la convicción sobre los hechos, en presencia de los que han de resolverse las cuestiones objeto del debate procesal, está atribuida al órgano judicial que, con inmediatez, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en tal cometido por este Tribunal de casación, puesto que la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, Ley 10/1992, de 30 de abril, y no ha sido incluida como motivo de

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

casación en el orden contencioso-administrativo, regulado por primera vez en dicha ley. Ello se coherente con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia.

La prueba, sólo en muy limitados casos, declarados taxativamente por la jurisprudencia, puede plantearse en casación. Tales casos son: a) la infracción del artículo 1214 del Código Civil (en la actualidad derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero), que puede traducirse en una vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba, contenidas hoy en el artículo 217 de la misma, invocable a través del artículo 95.1.4 de la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, actual 88.1.d) de la vigente; b) quebrantamiento de las formas esenciales del juicio con indefensión de la parte cuando, indebidamente, no se ha recibido el proceso a prueba o se ha inadmitido o declarado impertinente o dejado de practicar algún medio probatorio en concreto que tenga relevancia para la resolución definitiva del proceso; c) infracción o vulneración de las normas del ordenamiento jurídico relativas a la prueba tasada o a la llamada prueba de presunciones; d) infracción de las reglas de la sana crítica cuando la apreciación de la prueba se haya realizado de modo arbitrario o irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles, que puede hacerse valer por el mismo cauce de infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, pues el principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el artículo 24 de la Constitución comporta que estos errores constituyan vulneraciones del citado derecho y por ende infracciones del ordenamiento jurídico susceptibles de fiscalización por el Tribunal Supremo; e) infracción cometida cuando, al “socaire” de la valoración de la prueba, se realizan valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico, como puede ser la aplicación a los hechos que se consideran probados de conceptos jurídicos indeterminados que incorporan las normas aplicables; f) errores de tipo jurídico cometidos en las valoraciones llevadas a cabo en los dictámenes periciales, documentos o informes, que, al ser aceptados por la sentencia recurrida, se convierten en infracciones del ordenamiento jurídico imputables directamente a ésta, y, por último, g) cabe también integrar la relación de hechos efectuada por la sala de instancia cuando, respetando la apreciación de la prueba realizada por ésta, sea posible tomar en consideración algún extremo que figure en las actuaciones omitido por aquélla, el cual sea relevante para apreciar si se ha cometido o no la vulneración del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia denunciada, posibilidad actualmente reconocida por el artículo 88.3 de la antecitada LJCA.

### 3. RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY

#### **A) Legitimación: las Comunidades de Regantes no tienen legitimación para recurrir en asuntos relativos al cobro de deudas por gastos de conservación**

El artículo 73.1 de la Ley de Aguas, impone la integración en comunidades de usuarios de los usuarios del agua y otros bienes del dominio público hidráulico de una misma toma o concesión. De este precepto y del artículo 76.4 de la misma Ley resulta con toda evidencia que es la correcta gestión del uso de las aguas procedentes de la misma toma o

concesión entre todos los beneficiarios de aquéllas lo que determina la constitución de esas comunidades, su configuración como Corporaciones de Derecho Público y la consiguiente atribución de importantes potestades administrativas.

La STS de 25 de enero de 2005, Ar. 1826, señala que tal consideración es mera consecuencia de su origen, que está en la ley, a diferencia de lo que acontece con las asociaciones y las sociedades en general, que nacen por un acuerdo de sus miembros. Tal consideración, sin embargo, se presenta como insuficiente para acudir legítimamente a un recurso que no está concebido en defensa de los intereses de los usuarios, que son claramente intereses privados. Por ello las mencionadas Comunidades de Usuarios están legitimadas para interponer el recurso de casación en interés de la Ley cuando lo que intentan rebatir es el correcto ejercicio de aquellas funciones públicas que les han sido atribuidas por el ordenamiento o delegadas expresamente por la Administración, para el buen orden del aprovechamiento del agua, lo cual no ocurre cuando lo que se discute afecta al cobro de las deudas de la Comunidad por gastos de conservación, limpieza y mejora, contempladas en el núm. 4 del artículo 75 de la Ley de Aguas, a pesar de que las mismas graven la finca o industria en cuyo favor se realizaron, y, de que la Comunidad de Usuarios pueda exigir su importe por la vía administrativa de apremio. Con independencia de la naturaleza de tales facultades, lo cierto es que con el ejercicio de las mismas lo que se protege es el patrimonio de la Comunidad de Usuarios, pero no el interés general del aprovechamiento del agua para lo que fueron constituidas; esto es, la actuación del la Comunidad dirigida al cobro de las deudas de los usuarios, no afectan sino al ámbito estrictamente privado de administración de la Comunidad, sin implicar ejercicio de funciones administrativas conferidas por la Ley o delegadas por la Administración pública.

#### 4. RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

**A) Inadmisión: cuantía: ha de tenerse en consideración el importe de la cuota tributaria resultante, no del valor catastral**

La cuantía del recurso analizado por la STS de 14 de octubre de 2004, Ar. 7420, fue fijada por la Sala de instancia atendiendo al nuevo valor catastral asignado para 1997 al bien inmueble de naturaleza urbana objeto de revisión. Sin embargo, es doctrina reiterada, invocada por la resolución comentada, que, en asuntos como el ahora examinado, el valor de la pretensión –que es el criterio a tener en cuenta ex artículo 41.1 de la Ley de esta Jurisdicción– no puede venir determinado por el nuevo valor catastral, que es la base imponible del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, sino por la cuota tributaria, pues ésta es la que representa el verdadero valor de la pretensión. Por otra parte, las ponencias de valores no tienen el carácter de disposiciones generales, por lo que su impugnación no permite acceder a la casación por la vía del artículo 26 de la LJCA.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

# Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

**L.E. DELGADO DEL RINCÓN**

**Responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia** (Prólogo de Paloma Biglino Campos)

[Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003, 313 páginas]

ALFREDO ALLUÉ BUÍZA

En este libro el autor analiza en dos amplios capítulos el origen y evolución histórica de una institución, la responsabilidad judicial, puesto que el conocimiento de su pasado permite, sin duda alguna, comprender mejor su significado y alcance en la actualidad. Esta afirmación cobra todavía mayor relevancia si se tiene en cuenta que los historiadores del Derecho apenas se han ocupado del tema, o cuando así ha sido, lo han hecho de forma tangencial al estudiar la Administración de Justicia en las diferentes épocas.

El capítulo primero se centra en la responsabilidad judicial personal, analizándose su regulación en los distintos textos jurídicos del Derecho histórico español y extranjero durante la época anterior al Estado constitucional. Así, se efectúa un estudio sistemático de los distintos mecanismos jurídicos existentes para exigir responsabilidad a los jueces que hubieren actuado de forma ilícita.

Con el advenimiento del Estado liberal y la introducción de una nueva concepción de la justicia, fundamentada en el principio de separación de poderes, se examina la regulación del principio de responsabilidad judicial en nuestro constitucionalismo histórico y su interrelación con otros principios como son los de independencia e inamovilidad judicial,

respecto de los cuales la responsabilidad se ha considerado como contrapartida o contrapeso. La falta de desarrollo legal de estos principios constitucionales, durante los dos primeros tercios del siglo XIX, dará lugar a que la responsabilidad judicial se utilice por el Poder ejecutivo para someter bajo su dependencia a la magistratura. Posteriormente, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 establecerá una regulación exhaustiva de la responsabilidad judicial personal, que se verá complementada por las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal al incorporar éstas las correspondientes particularidades procedimentales. El autor realiza un estudio detallado de las normas jurídicas reguladoras de la responsabilidad judicial, así como también de la jurisprudencia interpretativa del Tribunal Supremo, con el objeto de verificar la aplicación que tuvo en la práctica la responsabilidad judicial en su triple manifestación: civil, penal y disciplinaria.

El capítulo segundo de la obra se ocupa del estudio de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia. Para su explicación, el autor toma como punto de partida la vigencia durante largo tiempo del principio contrario, el de la irresponsabilidad patrimonial del Estado en todos los ámbitos de actuación: ejecutivo, judicial y legislativo. Con la implantación del Estado social, se asiste a la quiebra de dicho principio en la esfera del poder ejecutivo, que se producirá por dos vías: la jurisprudencial en los países del sistema continental europeo y la legislativa en los países del sistema anglosajón.

Avanzado el Estado social, se procede a la extensión del principio general de la responsabilidad patrimonial del Estado al ámbito de la Administración de Justicia, lo que significará la supresión de una de las últimas inmunidades del poder. Dicha extensión se realiza en los ordenamientos del sistema continental europeo por la vía legislativa y con carácter excepcional. Así, en los Códigos penales y de procedimiento penal decimonó-

nicos pueden encontrarse ya normas jurídicas que reconocen la reparación de los errores judiciales constatados en juicio de revisión penal. Éste constituye, pues, el primer supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia. El segundo supuesto, íntimamente ligado al primero, consiste en la adopción indebida de medidas cautelares en el proceso penal, esto es, la prisión provisional indebida o ilícita. Por último, el tercer supuesto versa sobre la actuación ilícita de los jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones.

En contraste con este proceso de evolución normativa experimentado en los países del *civil law*, que ha conducido definitivamente a un sistema de responsabilidad patrimonial directa y objetiva del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, en los países del *common law* se asiste al fenómeno contrario: la elaboración jurisprudencial de un sistema de irresponsabilidad civil, personal y estatal, salvo, en este último caso, para el supuesto de los errores judiciales. Sistema analizado también por el autor de forma detallada.

**J. BERMEJO VERA**

**El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural (Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación), y contestación de GARCÍA DE ENTERRÍA E.**

[Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2005, 141 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Nos adentra el autor de esta obra –el profesor BERMEJO VERA, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza–, en un tema de máxima actualidad, desde una perspectiva aun más interesante; se entremezclan así dos aspectos fundamentales: la seguridad jurídica y el ordenamiento plural.

De un lado, sin duda y como acertadamente recuerda el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA en su ilustrativa contestación al discurso pronunciado por el autor de esta obra con ocasión de su ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, la seguridad jurídica es una de las funciones esenciales del Derecho en las complejísimas estructuras de las sociedades actuales.

Así, el profesor BERMEJO VERA en este estudio analiza la interconexión de la seguridad jurídica con los distintos puntos de producción de normas, pero no sólo como derivación de la instauración de un Estado compuesto, complejo o plural en la Constitución Española de 1978, en lo que a las Comunidades Autónomas se refiere, sino también las importantes consecuencias que ha traído consigo la incorporación a la hoy Unión Europea desde la perspectiva del sistema fuentes.

Para todo ello parte de la distinción –imprescindible para comprender esta materia–, entre “soberanía” y “autonomía”, que el propio Tribunal Constitucional ha venido elaborando a través de diversas sentencias a las que el autor hace referencia.

En primer lugar y, tras una interesante introducción a través de la cual implica y adentra al lector en el problema concreto objeto de esta monografía, estudia la seguridad jurídica desde el punto de vista del tratamiento doctrinal y jurisprudencial que ha experimentado, haciendo referencia a su categorización como valor, principio o parámetro condicionado de Derecho, así como lo que el autor denomina sus “grados” de operatividad.

De este modo sitúa esta figura en su contexto oportuno, para pasar seguidamente a hacer una serie de reflexiones en torno al estándar de seguridad jurídica en los métodos de producción de las normas en el ordenamiento plural.

En un segundo momento, destaca el completo análisis que el profesor lleva a cabo respecto de la seguridad jurídica en las fórmulas de articulación de los distintos

ordenamientos, en el que estudia el sistema de reparto de competencias, el binomio bases-desarrollo, la cláusula de prevalencia, la supletoriedad, transferencia o delegación de competencias, la armonización normativa, la cláusula de interés general, la lealtad institucional y la igualdad, como reglas reductoras de la desarticulación ordinamental y, finalmente, la incidencia del ordenamiento comunitario en las relaciones ordinamentales internas.

Sin duda, hoy en día el tema analizado por el profesor BERMEJO VERA es esencial en la comprensión misma del funcionamiento de nuestro ordenamiento, lo cual se comprende si se tiene en cuenta que está implicado en el mismo no sólo el sistema de fuentes sino también un principio o valor elemental en un ordenamiento jurídico como es el de la seguridad jurídica. Si además la materia es estudiada y explicada de forma tan afortunada y acertada como lo ha hecho el autor, hoy esta monografía debe ser una obra de referencia a tener en cuenta por todo jurista y, por supuesto administrativistas y constitucionalistas.

### J. GARCÍA LUENGO

#### **El recurso comunitario de anulación: objeto y admisibilidad. Un estudio sobre el contencioso comunitario**

[Civitas, Madrid, 2004, 341 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

En la actualidad es muy importante tener en cuenta no sólo el ordenamiento jurídico concreto de nuestro sistema, sino que además de la importancia del Derecho Comparado, al que siempre ha prestado atención el autor de esta monografía, Javier GARCÍA LUENGO –profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Oviedo–, es hoy imprescindible conocer el sistema Comunitario –como se ha visto, precisamente, en la obra del profesor BERMEJO VERA comentada en líneas previas–.

A este respecto, el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO ya ha puesto de manifiesto la importancia de este aspecto, incluso, en las propias fuentes del Derecho, entre otras en una obra de máximo interés, como es la titulada *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, publicada por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en Madrid el pasado 2004, y que constituyó su discurso de ingreso en la misma.

Sin embargo, en esta monografía el enfoque se hace desde la perspectiva de la jurisdicción, es decir, desde la otra cara de la moneda, pues no debe olvidarse que régimen jurídico y jurisdicción son dos aspectos fuertemente imbricados e indefectiblemente unidos, afirmación que se constata en el propio nacimiento del Derecho Administrativo.

Centrando ya el comentario en esta monografía, en la misma se hace un estudio sobre el contencioso comunitario y, particularmente, sobre el recurso comunitario de anulación. Estudio que se hace desde una perspectiva institucional y que se fija especialmente en lo que el autor considera los dos principales problemas procesales que plantea este recurso: su objeto y las condiciones de admisibilidad del mismo.

Parte el autor, como no podría ser de otra manera, del derecho a la tutela judicial efectiva, desde la perspectiva que el mismo tiene en el ámbito comunitario, para lo cual estudia no sólo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sino también la configuración y tratamiento que de este derecho han hecho tanto el Convenido Europeo de Derechos Humanos como la Carta de los Derechos Fundamentales de la propia Unión Europea.

Éste es el principal objeto del primer capítulo de esta obra, el derecho de la tutela judicial efectiva como presupuesto del recurso de anulación, para pasar en el capítulo siguiente al análisis de la función y el objeto de este recurso en el marco del sistema de acciones comunitario, pues es muy importante para comprender el objeto de estudio concreto de este libro, conocer

previamente cuál es el sistema de recursos o, dicho en palabras del autor, las distintas vías comunitarias de las que disponen los particulares para ver satisfechas sus pretensiones frente a la actividad de la Comunidad, para lo cual se sirve el autor de la experiencia comparada.

En este capítulo ofrece Javier GARCÍA LUENGO también un estudio de los posibles objetos de este recurso tanto desde la perspectiva de la legitimación pasiva, como desde el punto de vista de la actividad administrativa impugnada y, finalmente, de las pretensiones de las partes.

Concluye este interesante estudio con el análisis de lo que el autor entiende es el otro gran problema en la materia: la admisibilidad del recurso de anulación, fundamentalmente por lo que se refiere a la legitimación activa del recurso de anulación, pero no olvida tampoco los problemas prácticos que se plantean con ocasión del plazo para interponer este recurso.

la defensa de la competencia es uno de los temas clásicos del Derecho público económico. El autor enfoca su análisis desde la perspectiva de los títulos habilitantes de intervención pública en la materia, quiénes tienen la posibilidad de ejercer dicha función y cómo se articula ésta.

Esta monografía se divide en tres partes, en la primera de ellas el autor estudia los antecedentes y fundamentos constitucionales de la defensa de la competencia; en la segunda, se centra en el análisis de esta figura en la Constitución y, principalmente, el impacto de la citada STC 208/1999, de 11 de noviembre, por la que se declaró la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en la medida en que se considera que desconocen las competencias de las Comunidades Autónomas y, concretamente, las de ejecución de la legislación estatal sobre defensa de la competencia, así como la reacción del legislador tras la citada sentencia y a través, fundamentalmente, de la Ley 1/2002, de Coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia. Finalmente, la tercera parte de esta obra se dedica, precisamente, a la potestad de coordinación que el Estado tiene en la materia.

**J. GUILLÉN CARAMÉS**

**Libre competencia y Estado autonómico**  
(Prólogo de I. Cosculluela Montaner)

[Marcial Pons-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2005, 279 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Javier GUILLÉN, profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Rey Juan Carlos, y especialista en defensa de la competencia y consumidores, presenta ahora una obra en la que se analiza un tema de máxima trascendencia, especialmente, desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, en relación con la aplicación por órganos administrativos de la defensa de la competencia, al pasar de un sistema centralizado a otro descentralizado.

Como señala el profesor COSCULLUELA MONTANER en el prólogo a esta monografía, que sin duda será referente en la materia,

**T.D. NÚÑEZ GÓMEZ**

**Abuso en la exigencia documental y garantías formales de los administrados** (Prologo de L. tolivar Alas)

[Atelier, Barcelona, 2005, 177 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Como afirma el profesor Leopoldo TOLIVAR ALAS en el prólogo a esta monografía, una de las mayores lacras de la Administración sigue siendo el celo burocrático con el que se desenvuelven muchos de sus operadores. Así, y a pesar del tímido avance que se ha producido con la inclusión en el artículo 35 de la Ley 30/1992, del derecho a no presentar documentos exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate,

o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante, lo cierto es que pocos son los ciudadanos que en sus relaciones con la Administración no se han visto obligados a presentar documentación indebida o innecesaria o, incluso, obrante ya en poder de la misma, por no decir que aquellos que en alguna ocasión hemos tratado de hacer valer nuestro derecho a no presentarla, conforme al artículo 35.f) de la citada Ley, en pocas ocasiones hemos visto satisfecho el mismo.

Partiendo de este presupuesto, esta monografía aborda una de las prácticas más habituales de las Administraciones públicas, la exigencia de documentación innecesaria, indebida o que ya se encuentra en poder de las mismas, que constituye una de las causas que contribuye a dificultar las relaciones de éstas con los administrados.

El legislador, preocupado por esta situación que considera un serio obstáculo para la reforma administrativa, ha intentado ponerle freno mediante al creación de un derecho específicamente destinado a atajarlas y recogido en el decálogo de derechos incluido en la LRJAP: el derecho a no presentar documentos inexigibles o reiterativos que pretende la fijación de un estándar de eficacia y legalidad para la aportación documental al proceso.

Resalta la autora que inspirado en las soluciones de otros ordenamientos europeos se ha visto afectado por una serie de obstáculos que han mermado su eficacia a pesar del desarrollo legal del mismo en el ámbito tanto estatal como autonómico, así como de la existencia de una firme jurisprudencia favorable a su aplicación.

Al parecer de la autora ello se debe, en primer lugar, a que la doctrina mayoritaria le ha negado sistemáticamente la consideración de derecho público subjetivo, a pesar de que el mismo entronca con una larga tradición que considera esta técnica jurídica como la forma perfecta de legitimación de los administrados, especialmente apropiada en este caso en el que las conductas proscritas pertenecen a la categoría de los ilícitos atípicos circunstancia que dificulta las posibi-

lidades de ver tutelados sus intereses legítimos. Y, en segundo lugar, Teresa NÚÑEZ destaca su naturaleza instrumental, dado que tutela la satisfacción de los derechos o intereses que se sustancian en el procedimiento, lo que ha dificultado su configuración jurídica a pesar de que pueden detectarse sin problema los elementos esenciales del mismo.

A todos estos interrogantes se intenta ofrecer soluciones en este estudio que propone fundamentalmente una reforma legal de este derecho, encaminada a mejorar su enunciado legal que evite la dilación que supondrá la espera por la definición jurisprudencial del mismo.

### S. RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ

#### **La liberalización del transporte aéreo: alcance y régimen jurídico**

[Marcial Pons, Madrid, 2005, 249 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Sin duda uno de los temas de máxima actualidad es la liberalización de diversos sectores de la economía, principalmente como consecuencia de la normativa comunitaria al respecto y, más concretamente, de la pretensión de establecer un mercado único europeo, también de servicios, en el que éstos se presten en régimen de libre competencia. Uno de los ámbitos afectados es el del transporte aéreo, tema tratado por Sonia RODRÍGUEZ-CAMPOS, profesora de la Universidad de Vigo, en la monografía que ahora se comenta.

La obra se divide en tres capítulos, el primero de ellos dedicado a encuadrar el transporte aéreo en el contexto de la liberalización, para lo cual la autora parte del concepto y clases del transporte aéreo, para pasar a la evolución histórica de la navegación aérea y finalizar con un estudio de la liberalización en este ámbito y sus límites.

En el segundo capítulo se explica la fundamentación de la actual política de transporte aéreo, para lo cual Sonia RODRÍGUEZ-CAMPOS adopta dos perspectivas fundamentales en el estudio de cualquier liberalización: las bases constitucionales de intervención pública en el sector y los presupuestos de la regulación comunitaria, no debe olvidarse que, como se ha afirmado con anterioridad, el fenómeno de la liberalización sólo se comprende desde el Derecho Comunitario.

Resulta interesante en este capítulo II el estudio de lo que considera la autora es el objetivo de la regulación comunitaria: la consecución de un cielo único para consolidar el mercado interior, estudio que se hace sin olvidar la problemática de las reglas de la libre competencia y defensa de la misma.

Finalmente concluye la autora este análisis exponiendo la ordenación jurídica del mercado aéreo, lo que constituye el capítulo III de esta monografía, y en el

que se centra en la explicación de las condiciones de acceso al transporte aéreo, el régimen jurídico del ejercicio de la actividad, las ayudas públicas y subvenciones a este tipo de transporte y el control de la circulación aérea y el derecho sancionador.

De este modo, y como afirma la propia autora en la nota introductoria, desde la inauguración del primer servicio aéreo regular en 1919 entre Londres y París el transporte aéreo se ha convertido en un elemento imprescindible para la sociedad contemporánea, y por ello resulta muy interesante conocer la evolución que ha experimentado la intervención administrativa en este sector, dependiendo del momento y circunstancias históricas –del mismo modo que ha sucedido en todos los ámbitos de la economía–, y muy especialmente cuál es la situación del mismo desde la perspectiva del fenómeno de liberalización que se impone en la actualidad desde la Unión Europea.

# N O T A S



# N O T A S



# N O T A S

