



*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] **La irretroactividad de las normas procesales a propósito del recurso de súplica previo a la impugnación de autos: nuevo enfoque doctrinal a partir del Auto del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2004**  
RAÚL C. CANCIO FERNÁNDEZ
- [15] **Régimen jurídico-organizativo de los “Municipios de gran población”**  
FRANCISCO VELASCO CABALLERO  
SILVIA DÍEZ SASTRE

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [41] **I. DERECHO COMUNITARIO**  
L. ORTEGA ÁLVAREZ
- [61] **II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS**  
J. GARCÍA ROCA
- [75] **III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS**  
J. GARCÍA ROCA
- [99] **IV. FUENTES DEL DERECHO**  
A. MENÉNDEZ REXACH
- [117] **V. ACTOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**  
A. MENÉNDEZ REXACH
- [139] **VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**  
M. SÁNCHEZ MORÓN
- [149] **VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**  
M. REBOLLO PUIG
- [173] **VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**  
E. LÓPEZ MENUDO
- [183] **IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**  
E. LÓPEZ MENUDO
- [195] **X. FUNCIÓN PÚBLICA**  
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN
- [209] **XI. URBANISMO**  
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN
- [215] **XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL**  
A. EMBID IRUJO
- [235] **XIII. MEDIO AMBIENTE**  
A. EMBID IRUJO
- [251] **XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**  
J. TORNOS MAS
- [275] **XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD**  
I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA
- [285] **XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**  
G. FERNÁNDEZ FARRERES

### [305] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS



# La irretroactividad de las normas procesales a propósito del recurso de súplica previo a la impugnación de autos: nuevo enfoque doctrinal a partir del Auto del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2004

**RAÚL C. CANCIO FERNÁNDEZ**

Letrado del Gabinete Técnico  
del Tribunal Supremo, Sala de lo  
Contencioso-Administrativo

## Sumario:

**I. Introducción. II. El artículo 87.3 LRJCA: antecedentes y sucesivas redacciones.**

**III. Doctrina legal de la Sala Tercera hasta el Auto de 25 de marzo de 2004.**

**IV. El Auto de 25 de marzo de 2004. Nuevo enfoque doctrinal. A) Elementos de hecho.**

**B) Planteamiento de la cuestión.**

## I. INTRODUCCIÓN

Artículo 2.3 del Código Civil:

“Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario.”

Un Auto de fecha 25 de marzo de 2004 (JUR 2004/179372), dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección Primera), en el recurso de casación número 2166/2002, ha venido a remover lo que hasta ese momento era doctrina consolidada en torno a la consideración del recurso de súplica previo a la preparación del recurso de casación contra autos, como presupuesto procesal de ineludible cumplimiento, todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 87.3 de la Ley Jurisdiccional.

Más allá de la cuestión procesal que se ventila en la mencionada resolución –contingencia o necesidad de la súplica previa– y que tendremos tiempo de examinar con algún detalle, a nuestro juicio, el Auto de 25 de marzo va más allá, y se interna inequívocamente en una cuestión que trasciende a la discusión acerca de la naturaleza procesal de la exigencia del artículo 87.3 LRJCA, que no es otra que la delimitación del marco o medio legislativo en el cual la retroactividad, parcial o completa, de las normas procesales resulta operativa y eficaz. En otras palabras, y de forma negativa ¿cabe la retroactividad legal sin que venga ésta acompañada de la adecuada previsión transitoria?

En el ámbito del proceso contencioso-administrativo, la cuestión relativa a la sucesión normativa y su efecto aplicativo en los procesos pendientes ha venido siendo resuelta sistemáticamente con la oportuna previsión transitoria para cada una de las modificaciones que pudieren afectar a la aplicabilidad de las disposiciones en el tiempo y sobre los asuntos no resueltos.

Así ha sido de forma tradicional como de forma espléndida glosa el Auto de 25 de marzo:

“La Ley de 27 de diciembre de 1956, al excluir del recurso de apelación las sentencias (y autos) de las Salas de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales dictadas en los asuntos de cuantía no superior a 80.000 pesetas [artículo 94.1.a)], elevando el límite que en el Texto refundido de la Ley de Contencioso-administrativo, aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1952, venía establecido en 20.000 pesetas (artículo 76), previno en su disposición transitoria 3ª.1 que ‘los recursos contencioso-administrativos interpuestos con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, cualquiera que sea su estado procesal, continuaran sustanciándose en todos sus trámites y recursos por las normas que regían a la fecha de su iniciación’.

El Decreto 83/1963, de 17 de enero, al modificar el artículo 94.1.a) de la Ley de 27 de diciembre de 1956, exceptuando del recurso de apelación las resoluciones dictadas en asuntos de cuantía no superior a 125.000 pesetas, precisó igualmente en su disposición transitoria que ‘los recursos contencioso-administrativos interpuestos con anterioridad a la vigencia de este Decreto, aun cuando su cuantía no sea superior a 125.000 pesetas, se registrarán en cuanto a la procedencia del recurso de apelación por razón de la cuantía, por las normas vigentes en la fecha de su iniciación’.

Idéntica Disposición Transitoria (la Segunda) se incorporó a la Ley 10/1973, de 17 de marzo, cuando con ocasión de la importante reforma de la competencia recíproca de las Audiencias Territoriales y del Tribunal Supremo se volvió a elevar el límite del recurso de apelación previsto en el citado artículo 94.1.a) para excluir del mismo los asuntos cuya cuantía no excediera de 500.000 pesetas.

Posteriormente, al regularse en este orden jurisdiccional el recurso de casación –en la triple modalidad de casación, casación para la unificación de doctrina y casación en interés de la Ley–, fijándose unos límites cuantitativos más altos (y otros condicionantes distintos)

## La irretroactividad de las normas procesales

para que las sentencias (y autos) dictadas por la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia pudieran ser residenciadas ante este Tribunal, y se estimó oportuno por el legislador dotar de eficacia retroactiva a esta reforma, se precisaron también los términos en que la nueva regulación era aplicable a los procesos pendientes. Así, la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, precisó:

‘1. El régimen de recursos regulado en esta Ley será de plena aplicación a las resoluciones judiciales que se dicten por los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo con posterioridad a su entrada en vigor y a las que siendo de fecha anterior no hayan ganado firmeza por no haber transcurrido el plazo establecido en la normativa precedente para interponer el recurso de apelación cuando procediera (...)’

‘2. Los recursos de apelación interpuestos con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. Esto no obstante, será de aplicación directa lo dispuesto en esta Ley sobre la inadmisibilidad del recurso de casación cuando el recurso careciera manifiestamente de fundamento o se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales, a cuyo efecto la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo podrá abrir el incidente de inadmisión cualquiera que fuera el estado de tramitación.’

En la misma línea, proclive a una retroactividad de primer grado, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dedica sus disposiciones transitorias primera a novena a precisar los límites de su fuerza obligatoria respecto a los procesos en trámite a la fecha de su entrada en vigor. De entre ellas conviene destacar, por su relación con la cuestión que aquí se ha suscitado, la Disposición Transitoria Tercera, que dice:

‘1. El régimen de los distintos recursos de casación regulados en esta Ley será de plena aplicación a las resoluciones de las Salas de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia que se dicten con posterioridad a su entrada en vigor y a las de fecha anterior cuando al producirse aquélla no hubieren transcurrido los plazos establecidos en la normativa precedente para preparar o interponer el recurso de casación que procediera (...).

**EL ATS DE 25 DE MARZO  
DE 2004 SE INTERNA  
EN LA DELIMITACIÓN DEL  
MARCO LEGISLATIVO  
EN EL QUE  
LA RETROACTIVIDAD DE  
LAS NORMAS PROCESALES  
RESULTA OPERATIVA Y  
EFICAZ**

2. Los recursos de casación preparados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se registrarán por la legislación anterior’.”

Esta tradicional praxis legislativa de sustentar las modificaciones legislativas sobre un entramado transitorio *ad hoc*, se interrumpe con la reforma del apartado 3 del artículo 87 de la LRJCA, la cual se perfiló huérfana de previsión transitoria alguna. Se impone ahora examinar el precepto reseñado, su origen, su razón de ser, y lo que es más relevante, la confirmación jurisprudencial de su exigibilidad y, consecuentemente, el refrendo jurisdiccional de una determinada forma de dotar de carácter retroactivo a disposiciones sin cobertura normativa transitoria.

## II. EL ARTÍCULO 87.3 LRJCA: ANTECEDENTES Y SUCESIVAS REDACCIONES

El antecedente más remoto del actual precepto fue introducido en el acervo jurídico-procesal contencioso merced a la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes para la Reforma Procesal, cuyo artículo 7.8 disponía lo siguiente:

“8. El artículo 94 tendrá la siguiente redacción:

1. También serán susceptibles de recurso de casación, en los mismos casos previstos en el artículo anterior, los autos siguientes:

- a) Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación.
- b) Los que pongan término a la pieza separada de suspensión.
- c) Los recaídos en ejecución de sentencia siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan lo ejecutoriado.

2. Para que pueda prepararse el recurso de casación en los casos previstos en el número anterior es requisito necesario interponer previamente el recurso de súplica.”

El siguiente hito legislativo del artículo 87.3 se verifica con las novedades introducidas por el legislador con ocasión de la promulgación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa:

“1. También son susceptibles de recurso de casación, en los mismos supuestos previstos en el artículo anterior, los autos siguientes:

- a) Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación.

## La irretroactividad de las normas procesales

b) Los que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares.

c) Los recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta.

d) Los dictados en el caso previsto en el artículo 91.

2. Serán susceptibles de recurso de casación, en todo caso, los autos dictados en aplicación de los artículos 110 y 111.

3. Para que pueda prepararse el recurso de casación en los casos previstos en el apartado anterior es requisito necesario interponer previamente el recurso de súplica.”

La Ley 29/1998 introdujo importantes novedades con respecto a la pretérita redacción y así se añaden a los autos que pongan término a la pieza separada de suspensión, como susceptibles de recurso de casación, aquellos otros que lo hagan con respecto a otras medidas cautelares; se modifica en el apartado 1.c) el término “ejecutoriado” por “los términos del fallo que se ejecuta”; se añade el apartado d) y el ordinal 2, por el que se incorpora al elenco de resoluciones recurribles en casación los autos dictados en el caso previsto en el artículo 91 y en los artículos 110 y 111, y finalmente, y aunque en puridad el último apartado del derogado artículo 94 de la Ley de 1956 en su versión de 1992, no sufrió alteración a la vista de la redacción del párrafo 3 del artículo 87 de la Ley 29/1998, sin embargo, fuese por un descuido del legislador o como consecuencia de algún cambio tipográfico<sup>1</sup>, lo cierto es que el sentido del requisito de procedibilidad fijado en el artículo 87.3 varía sensiblemente con respecto a la anterior redacción al quedar intercalado el apartado segundo, pues sólo los autos consignados en él –autos dictados en aplicación de los artículos 110 y 111– requieren la interposición previa del recurso de súplica.

Esta omisión o falta de atención del legislador quiso subsanarla<sup>2</sup> con ocasión de la promulgación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que en su Disposición Final Decimocuarta, párrafo segundo, dota de una nueva redacción al apartado tercero del artículo 87 de la LRJCA, sustituyendo la locución “en el apartado anterior”, que sólo hacía referencia como ya vimos a los autos dictados en aplicación de los artículos 110 y 111 LRJCA, por “en los apartados anteriores”, de forma que el requisito de procedibilidad se extienda a todos los autos susceptibles de recurso de casación. Nótese que esta reforma, como ya se ha dicho antes, fue la única que careció de acompañamiento transitorio en su elaboración.

(1) STS de 17 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8383).

(2) RODRÍGUEZ BAHAMONDE, R., en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (dir.: LORCA NAVARRETE, A.M., coord.: GUILARTE GUTIÉRREZ, V., tomo IV, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 4781.

### III. DOCTRINA LEGAL DE LA SALA TERCERA HASTA EL AUTO DE 25 DE MARZO DE 2004

La circunstancia de que el artículo 87.3 LRJCA no viniese auxiliado por disposición transitoria alguna que pautara su aplicación a los procedimientos ya iniciados al tiempo de la reforma operada por la Disposición Final Decimocuarta, no impidió que desde la Sala Tercera del Alto Tribunal se aplicara en todo su rigor la exigencia de recurso de súplica previo para la preparación del recurso. Como se apreciará, el criterio seguido por la Sala, a la hora de impedir el acceso a la casación a los recurrentes, ha sido el de la fecha de la resolución judicial contra la que se prepara el recurso de casación y ello con independencia de que la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo fuese anterior a la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y consecuentemente de la plena efectividad de su Disposición Final Decimocuarta, que como todo el mundo conoce acaeció el día 8 de enero de 2001.

En este sentido, y en relación con un recurso contencioso-administrativo deducido ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en el año 1997, el Auto de 2 de diciembre de 2002 (recurso de queja 11/2002, Pon. Sr. de Oro-Pulido López, JUR 2003/57882), resolviendo un recurso de queja contra Auto de 17 de septiembre de 2001, establece:

“(…) La recurrente, si entendía procedente el recurso de casación debió interponer previamente recurso de súplica –ex artículo 87.3 LRJCA, en la redacción introducida por la Disposición Final Decimocuarta, apartado 2, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil–, como le hizo saber la Sala de instancia, en lugar de preparar directamente el recurso de casación y plantear un incidente de nulidad de actuaciones contra el reseñado Auto de 4 de junio de 2001”.

Asimismo, y de misma fecha es al Auto que, resolviendo otro recurso de queja (número 92/2002, Pon. Sr. Rodríguez García) interpuesto contra Auto de 23 de marzo de 2002 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, dictado en el recurso 2496/1997, resuelve en la misma línea al declarar:

“En consecuencia, no combatiéndose por la Administración municipal la afirmación de la Sala de instancia de que contra el Auto de 28 de febrero de 2002 no se interpuso el previo y preceptivo recurso de súplica previsto en el artículo 87.3 de la Ley de esta Jurisdicción, en la redacción que vino a darle la Disposición Final Decimocuarta, apartado 2, de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, a la sazón ya en vigor, es claro que la meritada resolución ganó firmeza y, por lo tanto, la Sala de instancia acertó al no tener por preparado el recurso de casación.”

Análogos argumentos se esgrimen en un tercer Auto de la Sala Tercera (JUR 2003/266122), también resolviendo un recurso de queja (núm. 149/2003) interpuesto contra Auto de 2 de diciembre de 2002, dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

Superior de Cantabria en el recurso núm. 1286/1991, en donde además introduce, para justificar la aplicación de este requisito de procedibilidad, reflexiones de orden constitucional:

“Segundo.— No combatiéndose por la parte recurrente la afirmación de la Sala de instancia de que contra el Auto de 29 de julio de 2002 no se interpuso el previo y preceptivo recurso de súplica —no cabe atribuir tal consideración al escrito de preparación del recurso de casación— previsto en el artículo 87.3 de la Ley de esta Jurisdicción, en la redacción que vino a darle la Disposición Final Decimocuarta, apartado 2, de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, a la sazón ya en vigor, es claro que la meritada resolución ganó firmeza y, por lo tanto, la Sala de instancia acertó al no tener por preparado el recurso de casación, sin que ello suponga infracción del principio de tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución, pues es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho a la tutela judicial efectiva no es absoluto ni incondicionado, sino que debe someterse al cumplimiento de los requisitos procesales legalmente impuestos y que no puede entenderse infringido cuando éstos no se cumplen para acceder a las distintas acciones y recursos, como ha acontecido en el caso que nos ocupa.

Por otra parte, como tiene declarado esta Sala (por todos, Autos de 20 de septiembre de 1999 y 16 de octubre de 2000), sobre la parte recurrente pesa la carga de preparar o, en su caso interponer, dentro de plazo, el recurso que proceda, abstracción hecha de la advertencia —meramente informativa— que dispone el artículo 248.4 de la LOPJ cuando, como aquí ocurre, aquélla está asistida de Letrado. En esta línea se ha dicho reiteradamente (por todos, Auto de 23 de noviembre de 2001, recogiendo la doctrina de la Sentencia de 30 de junio de 1995 dictada en un recurso extraordinario de revisión), que la indicación de recursos, aunque preceptiva con arreglo al artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es una mera información a las partes respecto de los medios de impugnación que pueden utilizarse contra una resolución judicial, información que aquéllas no están obligadas a seguir y que no las exime de la carga de interponer el recurso procedente cuando se encuentren asistidas de Letrado (Sentencias de 25 de marzo y 29 de septiembre de 1994 y 12 de mayo de 1995), habiendo dicho el Tribunal Constitucional, en el supuesto de falta de indicación de recursos que tal defecto puede ser salvado por el propio interesado cuando está asistido de Letrado (Sentencias 70/1984,

**LA MODIFICACIÓN DE  
LA TENDENCIA DOCTRINAL  
NO SE PRODUCE *AB INITIO*  
SINO SÓLO DESPUÉS DE  
COMPLETARSE  
EL PERÍODO  
DE ALEGACIONES  
Y A LA VISTA  
DE LAS MISMAS**

107/1987 y 131/1994), doctrina que esta Sala ha recogido en Autos de 21 de julio y 24 de noviembre de 1997, 23 de febrero y 29 de junio de 1998, entre otros, y en la Sentencia de 21 de noviembre de 2000.”

Por último y para culminar con lo que ha sido la línea doctrinal manejada por la Sala en relación con este particular hasta la publicación del Auto de 25 de marzo de 2004, señalar este Auto de 22 de mayo de 2003, que resuelve el recurso de casación 2444/2001 interpuesto contra un Auto de fecha 7 de febrero de 2001, dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso núm. 680/2000:

“(…) Pues bien, en el presente caso, a la vista de las actuaciones de instancia es evidente que contra el Auto de 7 de febrero de 2001 no se ha interpuesto el previo recurso de súplica exigido por el artículo 87.3 de la LJCA, que era plenamente aplicable al haber entrado en vigor la redacción de dicho artículo otorgada por la Disposición Final Decimocuarta de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, el 8 de enero de 2001, por lo que en consecuencia procede declarar la inadmisión del presente recurso de casación, al haber ganado firmeza la meritada resolución judicial.

No obstan a esta conclusión las alegaciones vertidas por la parte recurrente en el trámite de audiencia al sostener, en síntesis, que en el presente supuesto no es exigible el recurso de súplica, toda vez que –se dice– de acuerdo con lo preceptuado en el párrafo 3 del artículo 87 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, dicho recurso tan sólo es exigido en los casos previstos en el párrafo 2 del mencionado artículo, es decir, cuando se pretendan impugnar autos dictados en aplicación de los artículos 110 y 111, lo que aquí no sucede, pues tales alegatos carecen de relevancia dada la redacción que la Disposición Final Decimocuarta, apartado 2, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ha dado al núm. 3 del artículo 87 de la LRJCA, antes expuesto”.

#### **IV. EL AUTO DE 25 DE MARZO DE 2004**

##### **A) Elementos de hecho**

Las circunstancias fácticas del mencionado Auto son las siguientes: mediante Auto de 8 de enero de 2002, dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 75/2000, se acordó el archivo del recurso contencioso-administrativo deducido por los después recurrentes en casación contra una Resolución del Subsecretario de Economía y Hacienda, por delegación del Ministro, que desestimó la solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial formulada por los actores. En tiempo y forma se preparó e interpuso el correspondiente recurso de casación contra el referido Auto, formándose al efecto el rollo de casación 2166/2002.

Por providencia posterior de la Sala Tercera del Tribunal Supremo se acordó conceder a las partes el plazo común de diez días con objeto de que formularen alegaciones sobre la

posible concurrencia de causa de inadmisión del recurso preparado, y que se sustanciaba en haberse preparado el recurso señalado sin interponer previamente recurso de súplica, de conformidad con lo previsto en el artículo 87.3 de la LRJCA.

Nótese que la Sala, en principio, y siguiendo la doctrina instaurada que hemos tenido oportunidad de revisar, advirtió la posible concurrencia de la causa de inadmisibilidad recogida en el artículo 87.3 de la LRJCA abriendo el correspondiente plazo de alegaciones. Es decir, y conviene subrayarlo, la modificación de la tendencia doctrinal no se produce *ab initio*, proveyendo en sentido admisorio el escrito de interposición del recurso, sino que por el contrario, sólo después de completarse el período de alegaciones y, a la vista de las mismas, la Sala va a confirmar el cambio de sentido doctrinal.

### **B) Planteamiento de la cuestión**

El debate jurídico que concurre en el presente Auto muestra dos planos de análisis que debemos distinguir: de una parte, y como textualmente establece la resolución comentada,

“(…) Se plantea, pues, desde la óptica del principio de irretroactividad de las normas, la cuestión relativa a la aplicabilidad del apartado 3 del artículo 87, en su nueva redacción, a los autos susceptibles de recurso de casación a que se refiere el apartado 1 de dicho artículo, recaídos en procesos iniciados con anterioridad al día 8 de enero de 2001, fecha de entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Véase que el contenido del Auto comentado se nuclea en torno a la inaplicabilidad del apartado tercero del artículo 87 de la LRJCA en aquellos procesos iniciados con anterioridad al día de entrada en vigor de la norma rituarial civil, para lo cual y partiendo, con carácter general, de la irretroactividad legal prevista por el Código Civil, desarrolla una argumentación basada en la certificación de que la constante legislativa según la cual, las modificaciones legislativas en el orden contencioso-procesal siempre han resuelto la problemática derivada de su aplicación a los procesos pendientes a través del oportuno acompañamiento de disposiciones transitorias, se quiebra con la reforma operada en el apartado tercero del artículo 87 por la Disposición Final Decimocuarta, la cual carece de esa previsión transitoria.

La Sala entiende que primar como criterio delimitador, a los efectos de la admisibilidad del recurso de casación, la fecha de la resolución judicial que se impugna, minusvalorando el dato de que los procesos en los que se enmarca esa resolución judicial fueron incoados con anterioridad al día 8 de enero de 2001, sin que tal cuestión jurídico-temporal de aplicabilidad de las normas venga prevista por el legislador, menoscaba el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, “máxime si se repara en que el Auto de 8 de enero de 2002, contra el que se ha preparado (y posteriormente interpuesto) el recurso de casación de que se trata, cierra el acceso a esta Jurisdicción, al haber acordado el archivo del recurso interpuesto, solución que también parece venir impuesta, por el artículo 2.3 del Código Civil, ante la ausencia de toda disposición en contrario al darse nueva redacción al artículo 87.3 de la Ley de esta Jurisdicción”.

Pero además, y en un segundo plano que subyace a las anteriores reflexiones, el Auto de 25 de marzo de 2004 emite un mensaje que de forma inequívoca y, superando la incertidumbre generada con la anterior doctrina legal, aherroja las modificaciones legislativas con la imprescindible previsión transitoria, de manera que, so quebranto del derecho fundamental recogido en el artículo 24.1 de la Constitución, la retroactividad normativa debe venir en todo caso amparada por el consiguiente instrumento transitorio que garantice la salvaguarda de la tutela judicial efectiva de los justiciables. A lo que añadimos nosotros que tal conclusión debe exigirse no sólo para el caso que contempla el Auto comentado, en donde se cierra el acceso a esta Jurisdicción al haberse acordado el archivo del recurso interpuesto, sino también para aquellos otros supuestos en los que la consecuencia jurídica no sea tan traumática como lo es el archivo, como los contemplados en la letra c) del apartado primero del artículo 87 de la LRJCA.

No quisiéramos terminar estas notas sin hacer notar que, aunque ciertamente es el Auto del que venimos hablando el hito a partir del cual<sup>3</sup> la doctrina de la Sala entiende innecesaria la interposición del recurso de súplica cuando el recurso contencioso-administrativo es anterior al día 8 de enero de 2001, la Sala ya tuvo ocasión —*obiter dicta*— de señalar la irretroactividad, y por tanto la inaplicabilidad de la nueva redacción del artículo 87.3 a los asuntos incoados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del texto procesal civil, de modo análogo a las tesis que ahora resultan imperantes. En este sentido, el Auto de 29 de mayo de 2003 (Pon. Sr. Sala Sánchez, JUR 2003/201418), que admite a trámite el recurso de casación interpuesto contra un Auto de 5 de abril de 2001 dictado en pieza separada de suspensión de un recurso incoado en el año 2000, señala de forma inequívoca:

“(…) Avala esta afirmación la creencia de que el apartado 3 del artículo 87 de la nueva Ley de esta Jurisdicción —transcripción del apartado 2 del artículo 94 de la Ley anterior— interpretado, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad —artículo 3.1 del Código Civil— comprende tanto los casos del propio apartado 2 —únicos a los que literalmente se refiere— como los del apartado 1 del propio artículo 87, como ha venido a corroborar, disipando las dudas suscitadas al respecto, la Disposición Final Decimocuarta de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil —no aplicable al caso en examen al haber entrado en vigor el 8 de enero de 2001—, al dar nueva redacción al artículo 87.3 de la Ley de esta Jurisdicción, refiriéndose en plural a ‘los casos previstos en los apartados anteriores’.”

(3) Autos de 3 y 17 de junio de 2004.

# Régimen jurídico-organizativo de los “Municipios de gran población”<sup>1</sup>

FRANCISCO VELASCO CABALLERO

SILVIA DíEZ SASTRE

Instituto de Derecho Local  
Universidad Autónoma de Madrid

## Sumario:

**I. Introducción. II. Hermenéutica del Título X de la LBRL.** A) Interpretación conforme a la Constitución. B) Interpretación sistemática del Título X de la LBRL. **III. El nuevo “gobierno local”.** A) Gobierno versus administración municipal. B) “Parlamentarización” del gobierno local. C) El Pleno del Ayuntamiento. a) Régimen orgánico del Pleno del Ayuntamiento. b) Funciones del Pleno. D) El Alcalde. E) Junta de Gobierno Local. **IV. La “Administración municipal”.** A) Distinción entre “órganos superiores” y “órganos directivos”. B) Configuración de la planta administrativa municipal.

## I. INTRODUCCIÓN

1. En los últimos años, y sobre todo en la pasada Séptima legislatura, los grandes municipios de España venían reclamando la singularización de su régimen jurídico. Aquí se suman el proyecto de “Carta Municipal de Barcelona” (hoy parcialmente aprobado mediante la Ley catalana 22/1998, de 30 de diciembre)<sup>2</sup>, la reclamación intermitente

(1) La versión primigenia de este estudio se presentó el 26 de septiembre de 2004 en la Escuela Municipal de Formación del Ayuntamiento de Madrid, en el marco de las “Jornadas sobre la Ley de Modernización del Gobierno Local” organizadas por dicho Ayuntamiento. Posteriormente se han introducido algunas actualizaciones. Estando el texto cerrado se han publicado aún estudios muy notables que no han podido ser ya tenidos en cuenta. Entre ellos merece especial atención el reciente artículo de Federico Castillo Blanco, “La Ley de modernización del gobierno local: función de gobierno, funciones directivas y funcionarios con habilitación de carácter nacional”, en *Revista de Estudios Locales*, núms. 292 y 293 (2003 [sic]), págs. 163 y ss. Los autores agradecen la colaboración de los secretarios de los Ayuntamientos de Bilbao, Getxo, Gijón, Girona, Mataró, Palma, Puerto de Santa María, San Sebastián, Santa Cruz de Tenerife, Talavera de la Reina, Tarragona, Teruel y Torrejón de Ardoz, que amablemente y con precisión nos han informado de las adaptaciones de sus respectivos Ayuntamientos a la nueva Ley 57/2003.

(2) En extenso: A. GALÁN GALÁN, *La carta municipal de Barcelona y el ordenamiento local. El régimen especial del municipio de Barcelona*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001.

de una “Ley de Capitalidad” para Madrid<sup>3</sup> y una más genérica proclama de singularidad de las ciudades españolas con más de quinientos mil habitantes. Estas reivindicaciones de especialidad se canalizaron políticamente en el Congreso de los Diputados. El Grupo Parlamentario Socialista presentó, el 17 de enero de 2003, una “Proposición no de Ley” por la que se instaba al Gobierno a presentar un Proyecto de Ley relativo a las grandes ciudades<sup>4</sup>. De aquella Proposición no de Ley, y luego de un largo itinerario parlamentario, trae causa la actual Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local (LMMGL).

2. La idea política original quedó desdibujada en el Proyecto de Ley y en el resultado de su tramitación parlamentaria. De un lado, lo que en origen debía ser una “Ley de Grandes Ciudades” fue derivando hacia una Ley de reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL) en la que —entre otras cosas— se introduce un nuevo “Título X” específicamente destinado a singularizar el régimen jurídico de los “municipios de gran población”. De otro lado, la Ley excluye toda regulación competencial o financiera, cuestiones estas capitales para las grandes ciudades. Además, la propia lista de grandes ciudades, a las que sería de aplicación la Ley, se ha ido ampliando progresivamente, al punto de ser aplicable hoy a ciudades pequeñas e incluso medianas<sup>5</sup>. Por último, la propia Ley excluye de su ámbito de eficacia a Barcelona (Disposición Transitoria Cuarta de la Ley).

3. La nueva regulación de los “municipios de gran población”, tal y como resulta de la Ley 57/2003, no tiene claro parangón en el Derecho público de nuestro entorno. En los distintos Derechos locales de los Länder alemanes se puede identificar una cierta tendencia hacia la singularización (sobre todo competencial) de medianas y grandes ciudades. Ahora bien, lo que no se encuentra es un único régimen jurídico (ni siquiera a escala regional) para aquellas ciudades singularizadas. Junto a los ciento veinte municipios alemanes “no encuadrados en comarcas” (*kreisfreie Städte*) están otros muchos municipios (de entre —aproximadamente— veinte mil y sesenta mil habitantes) con diversas singularidades competenciales. En suma: las grandes y medianas ciudades alemanas con frecuencia disfrutaban de regímenes jurídicos singulares, pero no existe un único régimen especial

(3) Véase M. ARAGÓN, “El Estatuto de capitalidad de Madrid”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 3 (2003), págs. 20 y ss.

(4) Referencia: 162/000637.

(5) En este sentido, A. GALÁN GALÁN, “El régimen especial de los municipios de gran población”, *Anuario del Gobierno Local* 2003, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 143 y ss. (pág. 169). En la práctica, no todos los municipios que pueden acceder al estatus de “municipio de gran población” han optado por este régimen. En la actualidad, ya es aplicable el nuevo Título X de la LBRL, a iniciativa de los propios Ayuntamientos, a Logroño, Santiago de Compostela, Ferrol, Lugo, Orense, Pontevedra, Alcalá de Henares, Móstoles, Cuenca, Talavera de la Reina, Toledo, Guadalajara, Albacete y Mérida. Consta que están en trámite las iniciativas de Girona y Parla. En cambio, han decidido no acogerse al nuevo Título X de la LBRL los Ayuntamientos del Puerto de Santa María y Santa Cruz de Tenerife. Según información recibida en el Instituto de Derecho Local de la UAM, otros Ayuntamientos aún están evaluando los efectos de una hipotética aplicación del Título X de la LBRL; se trata —en lo que nos consta— de Getzo, Mataró, Alcobendas y Teruel.

aplicable a aquellos municipios<sup>6</sup>. En otros Estados hay, en ocasiones, una regulación singular para ciudades concretas (es el caso de París, Lyon y Marsella, en Francia<sup>7</sup>). Pero se trata, en todo caso, de regulaciones específicas para ciudades concretas y directamente enfocadas a la solución de problemas singulares propios de esas urbes.

4. El nuevo régimen jurídico de los “municipios de gran población” se inspira, en gran medida, en la forma de organización y funcionamiento del Estado y de las Comunidades Autónomas. De un lado, la nueva regulación del Pleno del Ayuntamiento es en gran medida simétrica a la regulación de las Cortes (en el Estado) y de las Asambleas Legislativas (en las Comunidades Autónomas). Esto se verá luego en detalle. También hay claras simetrías entre la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno (LG) y la nueva regulación funcional del Alcalde y de la Junta de Gobierno de los “municipios de gran población”. Por último, también es notoria la similitud entre la regulación de la Administración General del Estado (en la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de 14 de abril: LOFAGE) y la regulación de los “órganos de gobierno” y los “órganos directivos” en el nuevo Título X de la LBRL. La existencia de notorias simetrías no permite, con todo, asimilar el régimen jurídico de los “municipios de gran población” al propio del Estado o de las Comunidades Autónomas<sup>8</sup>. De un lado, el nuevo Título X de la LBRL, aun partiendo del molde de la regulación estatal (o autonómica), introduce modulaciones y matices muy relevantes que singularizan notablemente el régimen de los “municipios de gran población”. Y de otro lado, el contexto sistemático en el que se inserta el Título X de la LBRL dota de un alcance normativo peculiar a

**EL RÉGIMEN DE LOS  
MUNICIPIOS  
DE GRAN POBLACIÓN SE  
INSPIRA EN LA FORMA  
DE ORGANIZACIÓN Y  
FUNCIONAMIENTO DEL  
ESTADO Y  
DE LAS COMUNIDADES  
AUTÓNOMAS**

(6) Ésta fue la conclusión de M. BACIGALUPO, en el curso de verano *Hacia un nuevo Derecho para las grandes ciudades*, organizado por el Instituto de Derecho Local de la UAM y la Fundación Democracia y Gobierno Local en Miraflores de la Sierra el 25 de julio de 2003. La misma conclusión, en relación con los distintos regímenes locales de los Länder alemanes, en P. J. TETTINGER, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 3.ª ed., Heidelberg, 1993 (págs. 36 y ss.) Véase también J. CH. PIELOW, “Las estructuras del gobierno local en un marco federal: la asimetría y las singularidades”, en *Anuario del Gobierno Local 1999-2000*, págs. 95 y ss. (pág. 103).

(7) Este régimen singular se contenía, inicialmente en la Ley núm. 82-1169, de 31 de diciembre de 1982. Actualmente esa regulación constituye los arts. L2511-1 a 35 del “Code général des collectivités territoriales”, en la redacción proveniente de la Ley núm. 2002-276, de 27 de febrero. Estos textos actualizados, en [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

(8) En J. I. MORILLOVELARDE, “Ante la reforma del Régimen local”, en *Revista Española de Administración Local*, núm. 291 (enero-abril 2003), págs. 731 y ss. (págs. 748 y 749) se contempla, sin embargo, la posibilidad de considerar a la Administración Local, a raíz de esta nueva regulación, como un escalón territorial más, junto al Estado y las Comunidades Autónomas. Lo que debería tener un reflejo inmediato en su régimen competencial, y podría llevar a la interpretación del art. 25 LBRL como una cláusula general de atribución de competencias municipales.

los preceptos reguladores de los “municipios de gran población”. Sobre esto se volverá en el siguiente epígrafe.

5. El nuevo Título X de la LBRL contiene una regulación extensa (muchos aspectos de la organización local) e intensa (con un alto grado de pormenor) de los “municipios de gran población”<sup>9</sup>. Se puede afirmar, incluso, que la regulación de los “municipios de gran población” es más acabada y completa que la de los municipios de régimen común. Este resultado es llamativo si se repara en que la competencia estatal que ampara el nuevo Título X de la LBRL es (según la propia Disposición Final Primera de la Ley 57/2003) la enunciada en el art. 149.1.18 CE: “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas”. También resulta llamativo que sean precisamente los “municipios de gran población” los que disfruten de menor autonomía organizativa (por comparación con los de régimen común). Por todo ello no es de extrañar que dos Comunidades Autónomas (Cataluña y Aragón) hayan impugnado parte de la regulación de la nueva Ley 57/2003 ante el Tribunal Constitucional. A falta de más información sobre estas impugnaciones, no es posible aventurar cuál ha de ser el resultado de los procesos constitucionales. Aunque sí se debe recordar que la jurisprudencia constitucional viene interpretando de forma muy amplia la competencia estatal *ex art.* 149.1.18 CE; interpretación extensiva que no se da, en cambio, en relación con la autonomía local (arts. 137 y 140 CE). Es más: es visible una clara voluntad jurisprudencial de reforzar la competencia estatal básica sobre “régimen jurídico” de la Administración local (art. 149.1.18 CE) a base de vincular el régimen local básico (que es competencia legislativa del Estado) con la idea de autonomía constitucional de las entidades locales. Tal y como dice la STC 27/1981, FJ 3º: “Dado que a través de la garantía constitucional de la autonomía local se configura un modelo de Estado (STC 32/1981, FJ 5º), corresponde a los órganos centrales de éste la fijación de principios o criterios básicos en esta materia, de aplicación en todo el territorio estatal, y así se deduce de lo dispuesto en el art. 149.1.18 CE de la Constitución”<sup>10</sup>. Así se explica que la STC 214/1989 no haya objetado la amplia regulación organizativa y funcional de los Ayuntamientos, contenida en la LBRL. Más aún: visto que la jurisprudencia constitucional apenas sí ha puesto reparos a que el legislador estatal apruebe regímenes municipales singulares (de “carta”)<sup>11</sup>, fácilmente se puede concluir que tampoco habrá objeciones de principio a que el Estado regule un tipo concreto de organización local (la de los “municipios de gran población”).

(9) Similar: R. SALANUEVA, “La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local: un comentario crítico”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 24 (2004), págs. 233 y ss. (pág. 262).

(10) Claramente en el mismo sentido, más recientemente: STC 159/2001, donde se dice que “el cauce y el soporte normativo de la articulación de esta garantía institucional es la Ley estatal de Régimen local” (FJ 4º).

(11) STC 32/1981, FJ 11º. En la STC 214/1989, FJ 9º, se impone la cautela, eso sí, de que por medio de la configuración de regímenes municipales propiamente singulares (o de caso único) no se limite la autonomía municipal.

### II. HERMENÉUTICA DEL TÍTULO X DE LA LBRL

6. En apariencia –pero sólo en apariencia– el régimen jurídico-organizativo de los “municipios de gran población” se asemejaría al que es propio del Estado o de las Comunidades Autónomas. Dos serían las razones para esa semejanza: la notoria inspiración de la LMMGL en la organización y funcionamiento del Estado (y, de las Comunidades Autónomas); y el escaso margen dejado por el Título X de la LBRL para que cada Comunidad Autónoma o cada Municipio difiera del régimen estatal uniforme para los “municipios de gran población”. Ninguna de las dos razones es incorrecta. Pero ambas son insuficientes. No se puede negar que el texto del nuevo Título X de la LBRL emula el régimen parlamentario estatal (y de las Comunidades Autónomas) y se inspira claramente en la Ley 50/1997, del Gobierno, y en la Ley 6/1997 (LOFAGE). Y también es innegable que la extensa e intensa regulación del Título X de la LBRL parece reducir considerablemente los márgenes de regulación (de las Comunidades Autónomas) y de los propios municipios<sup>12</sup>. Pero lo que resultaría de una hermenéutica puramente literal no se acompasa con una interpretación del Título X de la LBRL con criterios sistemáticos y de conformidad con la Constitución (y más allá aun, con el bloque de la constitucionalidad. Constitución, que incluye también a los Estatutos de Autonomía). Estos criterios hermenéuticos son los que han de prevalecer sobre los demás “modos de interpretación” enunciados<sup>13</sup>. Tenemos, así, que el régimen jurídico de los “municipios de gran población” no resulta de la simple lectura de los arts. 121 y siguientes de la LBRL. Veámoslo en detalle.

#### A) Interpretación conforme a la Constitución

7. La simple posición infraordenada de la LBRL, respecto de la Constitución (e incluso de los Estatutos de Autonomía) impone el deber de interpretación de la Ley, de toda Ley, conforme a la Constitución y a los Estatutos. En lo que hace al nuevo Título X de la LBRL, es necesaria una interpretación de los preceptos legales que haga posible la vigencia normativa de las competencias estatutarias sobre régimen local de las Comunidades Autónomas. Y es necesario, además, que la interpretación del Título X de la LBRL se adecue al “principio de autonomía local” que enuncian los arts. 137 y 140 CE.

8. Vamos primero con la interpretación del Título X de la LBRL conforme a las normas competenciales del “bloque de la constitucionalidad”. Se puede asumir, como punto de partida argumental, que el Título X de la LBRL está amparado por la competencia estatal

(12) Afirma esta idea M. SÁNCHEZ MORÓN, “Observaciones sobre el régimen de organización de los ‘municipios de gran población’”, en *Justicia Administrativa*, núm. 25 (octubre 2004), págs. 5 y ss. (págs. 7 y 8). Este autor considera que esa intensidad de regulación, al dejar mucho menos espacio que el régimen general de organización municipal de la LBRL para la autonomía organizativa de cada entidad, limita tanto la autonomía local, como la autonomía de las Comunidades Autónomas para legislar sobre esta materia. De modo que el criterio más respetuoso con ambas autonomías hubiera sido la admisión de un régimen municipal de “carta” para estos municipios de gran población.

(13) En este sentido, aludiendo al criterio sistemático-teleológico (en el que se puede incluir la interpretación de la Ley conforme a la Constitución): C.W. CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, traducción de la 2ª edición alemana (Berlín, 1983), por J.A. García Amado, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pág. 105, nota 23.

ex art. 149.1.18 CE. Ahora bien, dado que la competencia estatal en este caso sólo es de “bases”, es necesario interpretar cada precepto del Título X de manera que aún reste un amplio margen de opción normativa para cada Comunidad Autónoma, de acuerdo con los términos de su Estatuto. Esto obligará a excluir –por contrarias al bloque de la constitucionalidad– interpretaciones del Título X que releguen a las Comunidades Autónomas a una regulación meramente “complementaria” (por tanto, sin margen de “desarrollo”). Es sabido que varias Comunidades Autónomas –como Cataluña– tienen atribuidas competencias exclusivas sobre “régimen local”, con el único límite de las leyes que dicte el Estado al amparo del art. 149.1.18 (art. 9.8 EAC). Otras Comunidades Autónomas, como Madrid, tienen atribuidas competencias de desarrollo normativo sobre régimen local “en el marco de la legislación básica del Estado” (art. 27.1 EACM). En ambos casos, una hermenéutica adecuada al bloque de la constitucionalidad impone una lectura estricta (y en ocasiones restrictiva) de las normas del Título X LBRL; una interpretación que permita leer aquellos preceptos como “bases” y no como regulación acabada y cerrada. Por lo demás, el hecho de que algunas Comunidades Autónomas opten por no desarrollar el Título X de la LBRL nada dice de la interpretación de la LBRL, pues su alcance normativo no pende de la legislación autonómica de desarrollo, sino de las normas competenciales (de la Constitución y los Estatutos) a la que se somete.

9. Además, las normas del Título X de la LBRL han de interpretarse conforme al “principio” de autonomía local enunciado en los arts. 137 y 140 CE. No se trata sólo de una interpretación que permita evitar todo reproche de inconstitucionalidad (por infracción de la garantía institucional de la autonomía local). Se trata de algo más: de interpretar las normas de la LBRL de la manera más favorable a la autonomía local garantizada por la Constitución. Esa interpretación más favorable es justamente la consecuencia de que estemos hablando ahora de un “principio” normativo (en sentido estricto), y no de una mera “garantía institucional” (límite negativo al legislador). Es cierto que la jurisprudencia constitucional se viene refiriendo a la autonomía local, desde el principio, como una “garantía institucional” que asegura un “mínimo” de participación en los asuntos de interés local<sup>14</sup>. Pero por mucho que esa afirmación estereotipada llegue hasta hoy<sup>15</sup>, lo cierto es que a ese enunciado se añaden otros que no sólo exigen un mínimo funcional, sino algo más. La jurisprudencia referida a los arts. 137 y 140 CE habla con frecuencia de “principio de autonomía local” (en lugar de simple “garantía institucional de la autonomía local”)<sup>16</sup>. En este enunciado va implícita la idea de que la Constitución opta por el “máximo posible” de autonomía local; no por un mínimo infranqueable. Esa opción por el “máximo posible” es precisamente lo propio de un “principio normativo”<sup>17</sup>: la

(14) STC 214/1989, FJ 13º.c).

(15) SSTC 40/1998, FJ 39º; 159/2001; 204/2002, FJ 13º.

(16) En la jurisprudencia constitucional: SSTC 4/1981, FJ 3º; 32/1981, FJ 3º; 2/1987, FJ 2º; 159/2001, FJ 12º; y en la judicial: SSTS 27 de enero de 2000, Ar. 51; 22 de junio de 2000, Ar. 7568; de 18 de abril de 2002, Ar. 4834.

(17) Por todos, J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, págs. 39 y ss.

## Municipios de gran población

Constitución encarga a todos los poderes públicos la realización de la autonomía local hasta el límite en que lo impidan otros principios o normas constitucionales [como las que aseguran la autonomía política de las Comunidades Autónomas (art. 2 CE); o la eficacia administrativa (art. 103.1 CE)]. En el mismo sentido hay que reseñar que, en ocasiones, la jurisprudencia constitucional equipara el mandato de autonomía local del art. 140 CE con la autonomía local exigida por el art. 3 de la Carta Europea de la Autonomía Local, de 1985; también el Tribunal Supremo traza en ocasiones esa equiparación<sup>18</sup>. Y recuérdese que en aquel Convenio internacional no se habla de “mínimos” funcionales de autonomía, sino “ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos”. Hay aquí una opción de principio favorable a la autonomía local, más que la preservación del contenido esencial de una institución. Toda la exposición precedente permite afirmar que el Título X de la LBRL ha de ser interpretado de la forma más favorable posible para la autonomía municipal. Sólo allí donde el “principio de autonomía local” concurre con otro principio constitucional prevalente puede limitarse el alcance de la opción constitucional a favor de la autonomía municipal. De esta manera, toda norma del Título X de la LBRL ha de ser interpretada de tal forma que cada Municipio disponga del *mayor margen posible de autoorganización*; esa interpretación maximizadora de la autonomía municipal sólo habrá de limitarse allí donde otro principio constitucional entre en colisión con el de autonomía local. A priori no parece claro qué principio constitucional puede frenar una interpretación restrictiva del Título X de la LBRL.

**LAS NOTAS MÁS  
CARACTERÍSTICAS DEL  
NUEVO RÉGIMEN SON  
UNA DISTINCIÓN MÁS  
NÍTIDA ENTRE GOBIERNO  
Y ADMINISTRACIÓN, Y  
UN NUEVO REPARTO  
DE PODER EN EL  
AYUNTAMIENTO**

### **B) Interpretación sistemática del Título X de la LBRL**

10. Según se anunció más arriba, la interpretación sistemática del Título X de la LBRL aleja el régimen jurídico de los “municipios de gran población” respecto de la regulación jurídico-organizativa del Estado o de las Comunidades Autónomas. Mediante esa interpretación sistemática se ha de matizar contundentemente, por de pronto, la denominada “parlamentarización” del gobierno local. Como en seguida se argumentará, el sistema en el que toma sentido el nuevo Título X de la LBRL es el “régimen local” español, no el régimen parlamentario diseñado por la Constitución (y los Estatutos de Autonomía) para regular las relaciones entre gobiernos y parlamentos.

(18) Así, STS de 18 de junio de 2001, Ar. 8744.

11. Los arts. 121 a 138 LBRL no contienen, obvio es, una regulación completa –ni siquiera desde el punto de vista organizativo– de los “municipios de gran población”. No sólo porque la LBRL sólo puede contener normas “básicas” sino, lo que es ahora más importante, porque el Título X de la LBRL sólo pretende una singularización parcial de los “municipios de gran población”. Por eso establece la nueva Disposición Adicional Undécima de la LBRL (introducida por la LMMGL) que “las disposiciones contenidas en el Título X para los municipios de gran población prevalecerán respecto de las demás normas de igual o inferior rango en lo que se opongan, contradigan o resulten incompatibles”. Así que, allí donde el Título X no contiene normas especiales para los “municipios de gran población” rigen las normas generales de régimen local (básicas, como las de la LBRL, o comunes, como las de la LOREG y Leyes sectoriales). La aplicabilidad del conjunto de la LBRL (y de otras Leyes estatales, básicas o no) sirve –esto es obvio– para evitar lagunas normativas en el régimen jurídico de los “municipios de gran población”. Pero, además, las Leyes estatales aplicables a los “municipios de gran población” constituyen un sistema jurídico en el que cobran sentido los preceptos especiales del Título X de la LBRL.

12. En ese sistema jurídico del “régimen local” español se distribuye el poder municipal entre varios órganos del Ayuntamiento. Pero no en la misma forma en que lo hacen la Constitución y los Estatutos de Autonomía para el Estado y las Comunidades Autónomas. Ciertamente es que tanto la “forma de gobierno parlamentaria” como el “régimen local” español presentan órganos asamblearios directamente representativos del electorado; y que esos órganos asamblearios ocupan una cierta posición de supraordenación jurídica y política respecto de los demás. Pero estas similitudes no pueden llevar a confusión. Las diferencias estructurales entre el “régimen local” y la “forma de gobierno parlamentaria” son aún notables. Por de pronto, y como luego se verá, la forma de gobierno parlamentaria (del Estado y de las Comunidades Autónomas) presenta hoy, como característica inherente, la articulación del poder mediante reservas de Ley (art. 53.1 CE, en relación con los arts. 9.3 y 97 CE). Y no es éste, precisamente, el modo de distribuir el poder municipal entre el Pleno y los demás órganos del Ayuntamiento. Así que, volvemos con la idea principal de este epígrafe, el Título X de la LBRL cobra sentido en un sistema jurídico (el “régimen local” español) estructuralmente distinto, aunque con evidentes similitudes, respecto de la “forma de gobierno parlamentaria” establecida por la Constitución para el Estado y las Comunidades Autónomas. Este planteamiento sistemático limita notablemente el alcance de la afirmación, ya común entre nosotros, de que la organización jurídica de los “municipios de gran población” se ha parlamentarizado.

### III. EL NUEVO “GOBIERNO LOCAL”

13. La Ley 57/2003 dispone un nuevo régimen orgánico y de funcionamiento de los “municipios de gran población”. Dos son las notas más claramente definitorias de este nuevo régimen: una distinción más nítida entre el “gobierno” y la “administración” municipales, y un nuevo reparto de poder en el Ayuntamiento.

### A) Gobierno *versus* administración municipal

14. La diferenciación entre “gobierno” y “administración” municipales se manifiesta, en especial, en la distinción expresa entre los “órganos superiores” y los “órganos directivos” del Ayuntamiento (art. 130.1 LBRL). A los “órganos superiores” –junto con el Pleno del Ayuntamiento, que no se incluye en ninguna clasificación orgánica– correspondería el “gobierno municipal”. Los “órganos directivos” estarían al frente de la “administración municipal”. Obvio es que la distinción entre lo “gubernativo” y lo “administrativo” no es clara, como tampoco lo es en el ámbito del Estado o de las Comunidades Autónomas. También hay que reconocer que aquella distinción ya era en gran medida una realidad en muchos Ayuntamientos de grandes ciudades: la regulación de los órganos de gobierno municipales (en la LBRL, en el Reglamento de Organización y Funcionamiento y, en ocasiones, en Leyes autonómicas) se complementaba con la “organización administrativa” descrita por cada Ayuntamiento en su “Relación de Puestos de Trabajo” (RPT). La novedad está, más bien, en que el Título X de la LBRL se ocupa no ya sólo del “gobierno” sino también de la “administración” municipal. Con ello, la LBRL limita la autonomía organizativa municipal y atrae la “administración municipal” de los “municipios de gran población” al ámbito de la regulación básica estatal.

### B) “Parlamentarización” del gobierno local

15. Además, la Ley 57/2003 establece una nueva distribución de competencias entre los órganos necesarios de los grandes Ayuntamientos. En el régimen común de la LBRL, el poder local se atribuye fundamentalmente a dos órganos: el Alcalde y el Pleno del Ayuntamiento. Los Tenientes de Alcalde [art. 23.2.b) LBRL] y la Junta de Gobierno Local (art. 23.4 LBRL) son órganos destinados a recibir delegaciones del Alcalde y del Pleno, no reciben atribuciones directas de la Ley. Esta distribución del poder local no se alteró en la Ley 11/1999, de 21 de abril, fruto del “pacto local”. Es sabido que la Ley 11/1999 ha reforzado las competencias ejecutivas del Alcalde, en detrimento del Pleno; y que, a cambio, el Pleno ha mejorado su función de control sobre el Alcalde. Se ha podido hablar, en este sentido, de que la Ley 11/1999 contiene un primer paso hacia la “parlamentarización” del gobierno local<sup>19</sup>. Pero se trata, en todo caso, de la redistribución del poder entre dos órganos del gobierno municipal: el Pleno y el Alcalde. Ahora, para los “municipios de gran población”, la Ley 57/2003 distribuye competencias (básicas) municipales entre tres órganos: Pleno, Alcalde y Junta de Gobierno Local. Cierto es que la práctica municipal mostraba ya claramente que en las ciudades medianas y grandes la Comisión de Gobierno, los Tenientes de Alcalde (y aún otros Concejales) eran receptores de amplias delegaciones del Alcalde o del Pleno; se ofrecía así una imagen final de gobierno “departamental”. Mas este alto nivel de delegaciones nada decía de la estructura legal básica del gobierno local, que seguía asentada sobre dos órganos fundamentales: el Alcalde y el Pleno.

(19) J. COLÁS, “La organización municipal: de corporación a gobierno”, en *El Municipio en Aragón*, Diputación de Zaragoza, 2004, págs. 361 y ss. (pág. 370).

16. La manera en que la LBRL distribuye el poder local (básico) entre estos tres órganos permite hablar de una nueva “forma de gobierno local”. Por “forma de gobierno” se entiende tradicionalmente en Derecho público la manera en que una Constitución articula el poder del Parlamento con el del Poder ejecutivo<sup>20</sup>. Trasladando este concepto al ámbito local se puede hablar de que la Ley 57/2003 contiene una nueva “forma de gobierno local”. Siguiendo la línea iniciada por la Ley 11/1999 (y antes incluso por la Ley catalana 22/1998, sobre la Carta Municipal de Barcelona), el Pleno del Ayuntamiento pierde gran parte de sus competencias administrativas o ejecutivas y limita su función al control (del Alcalde y de la Junta de Gobierno Local) y a las decisiones normativas y “estratégicas” del Ayuntamiento. Luego se volverá sobre estas funciones. También el Alcalde pierde funciones administrativas, a favor de la Junta de Gobierno Local, pero refuerza su competencia de dirección política de todo el Ayuntamiento. Por último –y esto es una novedad absoluta respecto del régimen común– la Junta de Gobierno Local recibe directamente de la Ley las competencias administrativas (básicas) que en los municipios de régimen común corresponden al Pleno y al Alcalde.

17. Es objetivo declarado de la LMMGL el reforzamiento de la posición política del Alcalde en el seno del Ayuntamiento. Cierto es que el Alcalde pierde ahora gran parte de sus competencias “administrativas” (imposición de sanciones, otorgamiento de licencias y similares). Pero precisamente esa pérdida de competencias se explica por el reforzamiento de su función de dirección política del Ayuntamiento. Esta función directiva se plasma, fundamentalmente, en la *presidencia y dirección de la Junta de Gobierno Local* (art. 126.1 LBRL). Este órgano de gobierno, libremente configurado por el Alcalde, es bien distinto de la antigua “comisión de gobierno”. Esa Junta de Gobierno Local ejerce ahora, como competencias propias (directamente atribuidas por el art. 127 LBRL), la mayoría de las tareas administrativas del Ayuntamiento. Esto es, tanto las que venían atribuidas al Alcalde como las que eran propias del Pleno del Ayuntamiento. Así, en la medida en que el Alcalde dirige plenamente la Junta de Gobierno Local, y esta Junta acapara la mayoría de las competencias administrativas del Ayuntamiento, se da un claro reforzamiento en el poder del Alcalde sobre el conjunto de la Administración municipal.

18. La LMMGL también *refuerza el gobierno local en minoría*. Como ya se ha dicho, gran parte de las competencias “administrativas” del Pleno pasan ahora a la Junta de Gobierno Local. Ello es tanto como extraer del Pleno la administración ordinaria o cotidiana del Ayuntamiento, y atribuírsela a la Junta de Gobierno Local. De esta manera, un Alcalde en minoría no está ya sometido a un posible cuestionamiento ordinario del Pleno. Ocurre en el régimen municipal común que el ejercicio de una competencia administrativa del Pleno del Ayuntamiento (como el otorgamiento de una concesión) se convierte en ocasión idónea para mostrar la posición minoritaria del Alcalde (y de su grupo municipal). Esa debili-

(20) Por todos: A. GALLEGU, *Derecho administrativo I, Materiales*, Madrid, 1989 (hay reimpressiones posteriores hasta 1996), pág. 40. En relación con la Ley 57/2003, véase R. JIMÉNEZ ASENSIO, “Política y administración en la reforma del gobierno local (un estudio sobre la forma de gobierno y la alta administración en los ‘municipios de gran población’)”, en *Anuario del Gobierno Local 2003*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 71 y ss. (pág. 76).

dad estructural del Alcalde en minoría se corrige en el nuevo régimen de los “municipios de gran población”. En efecto, ya se ha dicho que las competencias administrativas del Pleno del Ayuntamiento han pasado ahora a la Junta de Gobierno Local. Se limita así la posibilidad de que el Pleno trabe de forma ordinaria la labor de gobierno del Alcalde y la Junta de Gobierno Local. Obviamente, a través de ciertas competencias decisorias del Pleno (como la aprobación de los Presupuestos anuales, o las Ordenanzas municipales) la Junta de Gobierno Local en minoría sigue experimentando su posición de debilidad. Mas esto es bien diferente de una posición de inestabilidad y debilidad ordinarias del Alcalde en minoría frente al Pleno, como aún puede darse en los municipios de régimen común.

19. Se puede aceptar (provisionalmente) la conclusión de que la Ley 57/2003 ha culminado la “parlamentarización” del gobierno local<sup>21</sup>. La organización y funciones del Pleno del Ayuntamiento emulan, en los “municipios de gran población”, a las de un Parlamento. Y respecto de ese Pleno municipal “parlamentario”, el Alcalde y la Junta de Gobierno Local se asemejan al Presidente y Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma. Esta simetría, visible en el nuevo Título X de la LBRL, resulta incluso más clara en el desarrollo normativo de la propia LBRL por parte de los nuevos “municipios de gran población”. Es el caso del Reglamento Orgánico del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, aprobado inicialmente el 30 de marzo de 2004 (hoy ya definitivo)<sup>22</sup>. Este Reglamento regula el funcionamiento del Pleno municipal en claro paralelo al Reglamento parlamentario de la Asamblea de la Comunidad de Madrid. En la propia exposición de motivos del Reglamento del Pleno de la ciudad de Madrid se viene expresamente a reconocer que “la configuración de las preguntas y las comparencias se realiza en términos similares a los previstos por el Reglamento de la Asamblea de Madrid”.

20. Con todo, la idea de “parlamentarización” no explica con suficiencia la forma de gobierno local de los “municipios de gran población” que contiene el nuevo Título X de la LBRL. Hay que tener en cuenta, en coherencia con lo avisado ya más arriba, que el nuevo Título X LBRL no regula por entero el ré-

**LA LEY 57/2003  
DISTRIBUYE LAS  
COMPETENCIAS BÁSICAS  
MUNICIPALES ENTRE  
TRES ÓRGANOS: PLENO,  
ALCALDE Y JUNTA DE  
GOBIERNO LOCAL**

(21) J. COLÁS, *La organización municipal...*, pág. 370; A. GALÁN GALÁN, “El régimen especial de los municipios de gran población”, en *Anuario del Gobierno Local 2003*, Marcial Pons, Barcelona y Madrid, 2004, pág. 156; R. SALANUEVA, *La Ley 57/2003...*, pág. 267.

(22) También en este sentido, los Reglamentos orgánicos del Pleno de los Ayuntamientos de Palma (de 29 de julio de 2004), Torrejón de Ardoz (de 15 de julio de 2004), Bilbao (de 25 de octubre de 2004) y San Sebastián (de 6 de octubre de 2004), que se adaptan así voluntariamente al nuevo régimen del Título X de la LBRL.

gimen jurídico básico de los “municipios de gran población”. Es más, la regulación de los “municipios de gran población” se encuentra, en su mayor parte, fuera del Título X de la LBRL. El régimen jurídico de estos Municipios sigue siendo el general (el régimen básico contenido en los demás títulos de la LBRL, el régimen electoral de la LOREG, y el contenido en otras normas estatales sectoriales). Es en ese contexto de régimen local general (básico o no) en el que ha de entenderse la nueva regulación del Título X de la LBRL. Y justamente ese contexto sistemático limita notablemente la idea de “parlamentarización” del régimen jurídico de los “municipios de gran población”.

21. Por de pronto, la forma de gobierno parlamentaria de nuestra Constitución incluye, como pieza básica, el principio de legalidad (art. 9.3 CE). Este principio de legalidad se expresa en sus dos formas de primacía absoluta de la Ley (arts. 66.1, 97 y 103.1 CE) y reservas concretas de Ley (art. 53.1 CE). En cambio, la distribución interna de competencias en el régimen común de la LBRL no responde a la lógica del principio de legalidad. En el gobierno local no hay una primacía absoluta y potencial del Pleno del Ayuntamiento respecto del Alcalde y la Junta de Gobierno Local. Hay un reparto de ámbitos de decisión entre esos tres órganos municipales. Hay, es claro, *materias reservadas al Pleno del Ayuntamiento* (art. 123.1 LBRL). Pero hay también *materias reservadas al Alcalde* y *materias reservadas a la Junta de Gobierno Local*. La simple atribución de poder normativo al Pleno [poder para aprobar Ordenanzas y Reglamentos: art. 123.1.d) LBRL] no permite a este mismo Pleno ocupar el espacio gubernativo atribuido por la LBRL al Alcalde o la Junta de Gobierno Local. Aquí es notoria la diferencia entre el “régimen local” de los grandes municipios y la forma de gobierno parlamentaria con competencia legislativa universal (arts. 66.1 y 97 CE). No es dudoso que, con los límites del principio de igualdad (art. 14 CE) y de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), las Cortes (o en sus ámbitos materiales, los parlamentos autonómicos) pueden regular cualquier asunto de forma abstracta y concreta; e incluso ejercer funciones en principio propias del Consejo del Ministros, del Presidente o de los Ministros. La falta, en la Constitución, de un listado de atribuciones *reservadas* al Gobierno y la Administración lleva a concluir que una decisión normalmente administrativa (como un acuerdo de necesidad de ocupación, a efectos de expropiación forzosa) bien puede ser adoptada en forma de Ley. Bien distinto es, como vengo diciendo, el régimen de los Ayuntamientos de los “municipios de gran población”: las competencias decisorias del Alcalde o de la Junta de Gobierno Local están “reservadas” a estos órganos. Las Ordenanzas y Reglamentos municipales no pueden, en consecuencia, ocupar ese espacio decisorio.

### C) El Pleno del Ayuntamiento

22. Según ya se ha dicho, el nuevo Título X de la LBRL contiene una concepción *pseudoparlamentaria* del Pleno. Tanto en su organización como en su funcionamiento. En esto habría una línea de continuidad clara respecto de la Ley 11/1999, hija del “pacto local”. A continuación se van a destacar los elementos de régimen parlamentario que incorpora el nuevo régimen del Pleno municipal de las grandes ciudades. Todo ello sin olvidar que,

como ya se ha dicho antes, la “parlamentarización” es en todo caso sólo parcial e instrumental, pues, como se acaba de decir más arriba, bien distinta es una “forma de gobierno parlamentaria” ordenada conforme al principio de legalidad (como la que articulan la Constitución y los Estatutos de Autonomía, respectivamente para el Estado y las Comunidades Autónomas) de una “forma de gobierno local” donde tres órganos necesarios (Pleno, Alcalde y Junta de Gobierno Local) tienen distribuidas las competencias, sin primacía normativa del Pleno respecto de los otros dos órganos.

### a) Régimen orgánico del Pleno del Ayuntamiento

23. La primera nota de “parlamentarización” del Pleno municipal se encuentra en su convocatoria y presidencia. Frente al régimen común, donde el Alcalde convoca y preside necesariamente el Pleno (art. 121.3 LBRL), se prevé para las “grandes ciudades” que el Alcalde pueda delegar en un Concejal aquellas funciones de convocatoria y presidencia (art. 122.2 LBRL). La imagen final sería la de un Presidente del Pleno que, como el Presidente de una Asamblea parlamentaria de Comunidad Autónoma, se diferencia personal y funcionalmente de la máxima autoridad de la organización jurídico-política (el Alcalde). Ahora bien, esta simetría orgánica es incompleta por cuanto la presidencia de la Cámara parlamentaria autonómica es un cargo estable, y cuya elección corresponde a la propia Cámara, mientras que la posible presidencia de un Concejal se conforma en el art. 122.2 LBRL como una delegación del Alcalde. Y a la vista del régimen general de las delegaciones en el art. 13 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), el Concejal delegado para la convocatoria y presidencia del Pleno carece totalmente de autonomía funcional respecto del Alcalde, que en cualquier momento puede revocar la delegación o, en un caso concreto, avocar para sí la convocatoria o presidencia de un concreto Pleno<sup>23</sup>.

24. También la nueva “Secretaría General del Pleno” se inspira, aunque de forma incompleta, en la organización propia de las Cámaras parlamentarias. Desde un punto de vista funcional, la Secretaría General del Pleno cumple funciones que hasta ahora venían atribuidas al Secretario municipal. Sólo se introducen algunos matices diferenciadores (como que, conforme al nuevo art. 122.5 LBRL, el informe del Secretario lo puedan solicitar un cuarto de los Concejales, en lugar de un tercio, como se exige con carácter general para los Municipios de régimen común: art. 54 TRRL). La distinción sustancial está ahora precisamente en que el Secretario del Pleno lo es sólo de ese órgano municipal y no del conjunto del Ayuntamiento. A semejanza de una Cámara parlamentaria, la Secretaría es un órgano de la propia Cámara –y al servicio únicamente de ésta– no un servicio común de la organización jurídico-pública. Esta singularización normativa de la Secretaría General del Pleno no es, con todo, radicalmente novedosa. Ciertos Ayuntamientos de grandes ciudades ya venían distribuyendo las funciones genéricas de la Secretaría municipal entre el

(23) En M. SÁNCHEZ MORÓN, *Observaciones sobre el régimen...* (pág. 11), se hace referencia, además, al problema que esta delegación puede suponer en caso de convertirse en un modo de elusión del control político del Pleno por parte del Alcalde, ya que la Ley, al remitirse a la regulación del Reglamento del Pleno de cada Ayuntamiento, deja abierta la puerta a un uso excesivo de la misma.

propio Secretario (que fundamentalmente ejercía las tareas de fedatario público y las más próximas al Pleno) y la asesoría jurídica del conjunto del Ayuntamiento, dependiente de la Secretaría, pero con cierta autonomía funcional.

25. Parece que, en principio, la Secretaría general del Pleno se configura en el art. 122.5 LBRL como un órgano necesariamente diferente respecto del “órgano de apoyo a la Secretaría de la Junta de Gobierno local”. Esta diferenciación puede justificarse, en términos de eficiencia, en Municipios verdaderamente grandes; pero no necesariamente en otros medianos (más de 75.000 habitantes, o capitales autonómicas) a los que, conforme a lo dispuesto en el art. 121 LBRL, previsiblemente también les serán de aplicación las normas del Título X de la LBRL. En relación con estos Municipios hay que plantearse la posible organización unificada de las dos “secretarías-asesorías” (la Secretaría del Pleno y el “órgano de apoyo” a la Secretaría de la Junta de Gobierno Local). Varios son los argumentos que llevan a esta conclusión:

a) Hay que empezar por recordar que el nuevo Título X de la LBRL tiene carácter básico (al amparo del art. 149.1.18 CE) y que toda la regulación orgánica de esta misma Ley ha de interpretarse a la luz del principio de autonomía local que garantizan los arts. 137 y 140 CE. Ello lleva a afirmar que: entre varias opciones hermenéuticas posibles ha de optarse por aquella que más se ajuste a un concepto material de lo “básico” y que más claramente se adecue al principio constitucional de autonomía municipal. De esta manera, sólo será preceptiva la separación orgánica entre Secretaría del Pleno y “órgano de apoyo” (a la Secretaría de la Junta de Gobierno Local) en el caso de que ésa sea la opción expresa e indubitada del nuevo Título X de la LBRL. En otro caso, la separación orgánica será una opción, pero no una necesidad, de cada Ayuntamiento de “municipio de gran población”. Es previsible que, existiendo margen para la opción, los grandes Ayuntamientos opten por esa diferenciación orgánica. Tal es el caso del Ayuntamiento de Madrid, que diferencia orgánicamente la Secretaría General del Pleno de la “Oficina del Secretario de la Junta de Gobierno Local de la Ciudad de Madrid”<sup>24</sup>. Ello no obsta para que tanto la Secretaría del Pleno como la “Oficina del Secretario de la Junta de Gobierno Local” se adscriban orgánicamente al “Área de Coordinación Institucional” de la Vicealcaldía<sup>25</sup>.

b) Y bien, a partir de la regulación de la LBRL se puede concluir, a mi juicio, que el nuevo Título X no exige en todo caso la separación orgánica entre Secretaría del Pleno y “órgano de apoyo” a la Secretaría de la Junta de Gobierno Local. En primer lugar, el propio art. 122.5 LBRL, en su último párrafo, hace una llamada expresa a las normas orgánicas que regulan el Pleno para completar el régimen jurídico de la Secretaria general del Pleno. No estamos aquí, por tanto, ante un régimen orgánico cerrado sino parcialmente abierto a

(24) Véase el art. 35 del Reglamento del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, aprobado inicialmente por Acuerdo plenario de 30 de marzo de 2004 y el art. 30 del Reglamento Orgánico del Gobierno y Administración del Ayuntamiento de Madrid, también aprobado inicialmente el 30 de marzo de 2004 (BOCAM de 2 de abril).

(25) Art. 7.a) y c) del Decreto del Alcalde de 24 de junio de 2004, por el que se establece la organización, estructura y competencias del Área de Gobierno de la Vicealcaldía [BOCAM núm. 155 (suplemento), de 1 de julio de 2004].

la autoorganización municipal. En ese margen de decisión que abre el art. 122.5 LBRL bien se puede incluir la organización unificada de la Secretaría del Pleno y del “órgano de apoyo” al Secretario de la Junta de Gobierno Local<sup>26</sup>. Además, si bien se lee, lo que el art. 122.5 LBRL propiamente impone es un núcleo funcional calificable de “secretaría” del Pleno (y de sus Comisiones). También una exigencia de que esas funciones se ejerzan únicamente por “funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional”; y, por último, una calificación orgánica para esas funciones [“órgano directivo”: art. 130.1.B).e) LBRL]. No impide el art. 122.5 LBRL que las funciones de Secretaría del Pleno y las funciones de “apoyo” a la Secretaría de la Junta de Gobierno Local se asignen a un único órgano directivo. La separación orgánica imperativa tendría sentido —a lo sumo— en un sistema de neta separación entre la secretaría del Pleno y el “órgano de apoyo” a la Secretaría de la Junta de Gobierno Local. Pero no es ésta la regulación de la LBRL. El Alcalde, en tanto Presidente del Pleno (salvo delegación) dirige las funciones de la Secretaría del Pleno. Y el mismo Alcalde preside y dirige, con plenitud de poder, la Junta de Gobierno Local. En ese contexto de conexión funcional entre Presidencia del Pleno y Presidencia de la Junta de Gobierno Local no se puede excluir la posibilidad de que ambos grupos de funciones se unifiquen en un solo órgano. Obviamente, a este órgano le serán exigibles todas las funciones y requisitos de las dos “secretarías-asesorías” (del Pleno y de la Junta de Gobierno Local). Pero no hay óbice para esa suma de funciones en un único órgano.

26. También las Comisiones del Pleno se aproximan, siquiera de forma tendencial, a las Comisiones parlamentarias. A las funciones comunes de “estudio, informe o consulta” [art. 122.4.a) LBRL] y de “seguimiento de la gestión del Alcalde y de su equipo de gobierno” [art. 122.4.b) LBRL] se suman ahora para los “municipios de gran población” la posibilidad de ejercer poder delegado por el propio Pleno [art. 122.4.c) LBRL]. Cierto es que el alcance decisorio de estas Comisiones es limitado, pues el art. 123.3 LBRL restringe considerable-

**LA PARLAMENTARIZACIÓN  
ES SÓLO PARCIAL E  
INSTRUMENTAL YA QUE  
ES BIEN DISTINTA UNA  
FORMA DE GOBIERNO  
PARLAMENTARIA,  
ORDENADA CONFORME AL  
PRINCIPIO DE LEGALIDAD,  
DE UNA FORMA DE  
GOBIERNO LOCAL**

(26) Supuesto bien distinto es el de la separación orgánica entre el órgano de gestión contable (art. 134 LBRL) y la Intervención general municipal (art. 136 LBRL). En este caso, el art. 133.b) LBRL impone de forma clara y directa la “separación de las funciones de contabilidad y de fiscalización de la gestión económico-financiera”. La claridad de la separación funcional justifica, en este caso, que en la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y el Colegio Nacional de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local (COSITAL) en las conclusiones de las reuniones para la armonización de criterios en torno a la Ley 57/2002, fechadas el 29 de marzo de 2004, hayan desaconsejado claramente la posibilidad de encargar al Interventor general municipal la contabilidad del Ayuntamiento (conclusión 5<sup>a</sup>). Los criterios de la FEMP y el COSITAL se pueden encontrar en [www.revistacunal.com](http://www.revistacunal.com) y en el archivo de documentos del Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid ([www.idluam.org](http://www.idluam.org)).

mente los ámbitos de esa posible delegación de poder del Pleno (aprobación de ordenanzas y reglamentos; determinación de las formas de gestión de servicios públicos, incluida la municipalización; ejercicio de acciones judiciales y administrativas y defensa jurídica; planteamiento de conflictos de competencia). Con todo, el cambio funcional es relevante en la medida en que se introduce —a semejanza de las Cortes<sup>27</sup> o las Asambleas legislativas autonómicas— el posible poder decisorio de las Comisiones. Qué forma adopten estas Comisiones no lo establece la LBRL. Queda así en el autogobierno municipal la opción entre establecer una única Comisión con poder decisorio delegado (manteniendo las demás Comisiones con funciones de estudio y control) o delegar poder del Pleno en diversas Comisiones, de forma similar a lo que ocurre con las “Comisiones legislativas permanentes” de las Cortes y de las Asambleas legislativas autonómicas.

## b) Funciones del Pleno

27. En los Ayuntamientos de régimen común corresponden al Pleno numerosas tareas de gestión administrativa ordinaria o de ejecución presupuestaria. En la nueva forma de gobierno de los “municipios de gran población” el Pleno del Ayuntamiento pierde una buena parte de esas competencias administrativas. En efecto, en el régimen municipal común ciertas decisiones administrativas corresponden, en función de su cuantía, al Pleno del Ayuntamiento. Es el caso de las operaciones de crédito [art. 22.2.m) LBRL], contratos y concesiones administrativas [art. 22.2.n) LBRL] o adquisiciones y enajenaciones patrimoniales [art. 22.2.o) LBRL]. También corresponde al pleno la alteración de la calificación jurídica de los bienes de dominio público [art. 22.2.l) LBRL] y la aprobación de ciertos proyectos de obras y servicios [art. 22.2.ñ) LBRL]. Para los “municipios de gran población” esas decisiones corresponden ahora, con independencia de la cuantía del asunto, a la Junta de Gobierno Local. Bien porque la LMMG asigna expresamente esas tareas a la Junta [es el caso de los contratos, concesiones, operaciones de crédito y operaciones patrimoniales: art. 127.1.f) LBRL], bien porque ciertas competencias comunes y tradicionales del Pleno ya no aparecen mencionadas en el listado del art. 123 LBRL, y hay que entenderlas implícitamente comprendidas en otras competencias de la Junta de Gobierno. Es el caso del cambio de calificación jurídica de los bienes de dominio público, competencia que no pertenece al Pleno y que ha de considerarse implícitamente incluida en la competencia de la Junta de Gobierno sobre “gestión del patrimonio” [art. 127.f) LBRL]; y también es el caso de la competencia para aprobar proyectos de obras y servicios contratables, función que ya no corresponde al Pleno de las “grandes ciudades” y que hay que entender implícitamente comprendida en la competencia contractual y concesional general de la Junta de Gobierno Local [art. 127.1.f) LBRL]. Se trata en estos casos de “competencias instrumentales”, esto es, de competencias atribuidas a la Junta de

(27) Art. 75.2 CE y art. 149.1 del Reglamento del Congreso. En realidad, en este último precepto no sólo se prevé la delegación sino que incluso se acuerda ya directamente una delegación genérica a favor de todas las Comisiones legislativas permanentes. Véase, E. ESPÍN, “Las funciones legislativa y financiera de las Cortes”, en L. LÓPEZ GUERRA y otros, *Derecho constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994 (h.e.p.), pág. 108. Véase también el art. 130 del Reglamento del Senado.

Gobierno Local por medio de un descriptor amplio o genérico<sup>28</sup>. No estamos, por tanto, ante una atribución residual de competencias (a falta de asignación precisa), atribución ésta residual que el art. 124.4.ñ) LBRL establece con carácter general a favor del Alcalde.

### D) El Alcalde

28. La nueva LMMGL acentúa la configuración normativa del Alcalde de los “municipios de gran población” como cargo de dirección política de todo el Ayuntamiento. No sólo por la mención expresa del art. 124.4 LBRL a que corresponde al Alcalde “dirigir la política, el gobierno y la administración municipal” (frente a la simple mención al gobierno y la administración municipal en el art. 21.1.a) LBRL). También –y aunque pueda parecer paradójico– por la supresión de muchas de las funciones que el art. 21 LBRL atribuye a los Alcaldes de régimen común. E incluso por la imposibilidad, ahora, de que el Alcalde reciba delegaciones de funciones administrativas ordinarias por parte del Pleno (art. 123.3 LBRL). En este sentido, la LMMGL no es propiamente continuación de la anterior Ley 11/1999. En 1999 se optó por un reforzamiento funcional del Alcalde por medio de un buen número de competencias de gobierno y administración. La opción de la LMMGL para los “municipios de gran población” consiste en el reforzamiento político del Alcalde pero no por medio de un catálogo más amplio de funciones sino a través de la dirección plena de la Junta de Gobierno Local, en la que se concentran las funciones de gobierno y administración del Ayuntamiento.

29. En concreto, el Alcalde de los “municipios de gran población” queda privado de las funciones de gestión económica [art. 21.1.f) LBRL], gestión de personal [art. 21.1.g) y h) LBRL], gestión urbanística [art. 21.1.j) LBRL], potestad sancionadora [art. 21.1.n) LBRL], contratación y concesiones [art. 21.1.ñ) LBRL], aprobación de proyectos de obras y servicios [art. 21.1.o) LBRL], gestión patrimonial [art. 21.1.p) LBRL] y otorgamiento de licencias [art. 21.1.q) LBRL]. Ciertamente es que en la práctica de muchos pueblos y ciudades (no sólo de “grandes ciudades”) estas funciones de hecho no se ejercen por el Alcalde, porque éste delega generosamente en distintos Tenientes de Alcalde y Concejales; al punto de haber arraigado la denominación de “Delegaciones” municipales (áreas funcionales receptoras de delegaciones del Alcalde) y de “Concejal delegado”. Pero se trata, en todo caso, de competencias propias del Alcalde ejercidas por otros cargos municipales. El alcance de la delegación está en función de la propia composición política del Ayuntamiento (el nivel de delegación está en función de la afinidad política de los Concejales) y, en todo caso, el Alcalde puede revocar la delegación en cualquier momento (art. 13 LRJ-PAC) o avocar para sí la resolución de un concreto asunto (art. 14 LRJ-PAC). Ahora, en los “municipios de gran población, esas competencias administrativas ya no corresponden al Alcalde sino, por Ley, a la Junta de Gobierno Local. Ciertamente es que esa Junta actúa bajo la dirección política plena del Alcalde; y que cada miembro de la Junta de Gobierno Local depende absolutamente de la confianza del Alcalde. Pero, desde el punto de vista jurídico-organizativo la administración ordinaria del Ayuntamiento ya no es tarea (delegable) del Alcalde, sino competencia de otro órgano (Junta de Gobierno Local). Y siendo la Junta de

(28) Este concepto de “competencias instrumentales”, en C. VIVER, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Barcelona, 1989, pág. 139.

Gobierno Local el titular de las competencias administrativas, podrá delegarlas a su vez en otros cargos u órganos municipales.

30. Las restringidas competencias administrativas del Alcalde siguen siendo, en todo caso, ampliamente delegables en otros órganos y cargos municipales. Conforme al nuevo art. 124.5 LBRL se pueden identificar, desde la perspectiva de la delegación, tres tipos de competencias: indelegables; delegables sólo en la Junta de Gobierno, y delegables en Concejales y órganos directivos del Ayuntamiento.

a) Son *indelegables*: la función de dirección de la política, el gobierno y la administración municipal [art. 124.4.b) LBRL]. Ha de entenderse que el impedimento de delegación se refiere a la dirección superior o última del Ayuntamiento, lo que no impide que, mediante la posible delegación del poder para dictar decretos e instrucciones [art.124.4.g) LBRL], se esté delegando una parte importante de la función genérica de dirección. Tampoco es delegable una parte importante del poder de nombramientos atribuido al Alcalde: el referente a los Tenientes de Alcalde y Presidentes de Distrito [art. 124.4.e) LBRL] y —aunque no lo diga expresamente la Ley— el de los miembros de la Junta de Gobierno Local. En este último caso la propia configuración de la Junta de Gobierno Local como órgano superior del Ayuntamiento (esto es, no sometido jerárquicamente a ningún otro) imposibilita que sus miembros sean nombrados o cesados por órgano alguno distinto del propio Alcalde. De delegación queda excluido, así mismo, el poder genérico para situaciones de emergencia [art. 124.4.h) LBRL], la Jefatura de la Policía Municipal [art. 124.4.j) LBRL], el poder de convocatoria y dirección de la Junta de Gobierno Local [art. 124.4.d) LBRL], y la facultad de resolver empates en votaciones mediante el voto de calidad [art. 124.4.d) LBRL], lo cual ha de entenderse referido tanto a las votaciones en el Pleno (art. 122.2 LBRL) como en la Junta de Gobierno Local. Por último, tampoco es delegable la potestad de dictar bandos, en tanto forma de expresión tradicional y genuina del Alcalde. Los supuestos de funciones indelegables recién descritos son ciertamente heterogéneos. Pero todos ellos muestran una posición de supremacía del Alcalde sobre el conjunto de la actividad administrativa del Ayuntamiento. Esa posición de supremacía tanto se manifiesta en el tradicional poder de dictar bandos (por más que su contenido actual carezca de relevancia normativa) como en la responsabilidad del orden público (a través de la Jefatura de la Policía Municipal) o el poder de nombramiento de órgano superiores.

b) Son *delegables, pero sólo en la Junta de Gobierno Local*, las competencias enunciadas en el art. 124.4.c) y k) LBRL: “establecer directrices generales de la acción de gobierno municipal y asegurar su continuidad” (letra c); y “establecer la estructura de la Administración municipal ejecutiva...” (letra k).

c) Las demás competencias del Alcalde son *delegables*; y no sólo en la Junta de Gobierno Local o en algunos de sus miembros; o en Concejales que no integran la Junta de Gobierno Local. La posibilidad de delegación se extiende también a los “Coordinadores Generales, Directores Generales y órganos similares” (art. 124.5 LBRL). De hecho, el Alcalde de

## Municipios de gran población

Madrid ya ha hecho amplísimo uso de esta posibilidad<sup>29</sup>. Estas posibles delegaciones pueden plantear dos problemas desde el punto de vista de la ordenación jerárquica del Ayuntamiento: el alejamiento entre el delegante y el delegado (pues los posibles “Coordinadores generales” y “Directores generales” pueden no estar directamente vinculados al Alcalde). Y segundo problema, la difícil posición funcional intermedia del Concejal (o asimilado) que se encuentra al frente de una concreta Área de Gobierno, ya que cargos inferiores a él, como Coordinadores y Directores generales, ejercen competencias del propio Alcalde. Es más, al mediar una delegación, las decisiones de aquellos Coordinadores y Directores generales habrán de considerarse como dictadas por el propio Alcalde (art. 13.4 LRJ-PAC), de ahí que no haya recurso de alzada posible frente al Concejal que dirige una determinada Área. La situación descrita (en la que los Coordinadores y Directores generales acentúan su independencia funcional respecto del respectivo Concejal responsable de un Área de Gobierno), bien puede matizarse mediante la limitación del poder delegado por el Alcalde. Así, es posible que el Alcalde delegue separadamente el poder decisorio en una materia (a favor del Coordinador o Director general) y la competencia para resolver los recursos de reposición (potestativos) contra las decisiones dictadas por dichos cargos directivos, competencia de resolución de recursos atribuibles al Concejal competente de una determinada Área de Gobierno. Hay que tener en cuenta que las competencias ejercidas por delegación del Alcalde agotan la vía administrativa [art. 52.2.b) LBRL], razón por la cual no cabe alzada alguna contra aquellas decisiones. Es posible, únicamente, el recurso potestativo de reposición (art. 116 LRJ-PAC), recurso que en principio corresponde resolver al propio Alcalde, a no ser que delegue tal competencia resolutoria en otro órgano. Y justamente delegando la competencia de reposición en un cargo superior a Coordinador general o Director general, como el Concejal responsable de un Área de gobierno, se viene a establecer una suerte de control cuasijerárquico respecto de los Coordinadores y Directores generales. Lo dicho es, en todo caso, una posibilidad: Nada dice de la corrección de una delegación plena de facultades del Alcalde en Directores Generales, tal y como ocurre en las recientes delegaciones del Alcalde de Madrid<sup>30</sup>.

**LA DELEGACIÓN DE  
LAS COMPETENCIAS  
DEL ALCALDE DEPENDERÁ  
DE LA PROPIA  
COMPOSICIÓN POLÍTICA  
DEL AYUNTAMIENTO  
PUDIENDO SER REVOCADA  
EN CUALQUIER MOMENTO**

(29) Como ejemplo véanse las delegaciones del Alcalde de Madrid en los Directores Generales del Área de Gobierno de Empleo y Servicios a la Ciudadanía (Decreto del Alcalde de 24 de junio de 2004, BOCAM núm. 155, suplemento, de 1 de julio, págs. 9 y ss.)

(30) Así, en el Decreto del Alcalde de 24 de junio de 2004, de delegaciones del Alcalde de Madrid en los Directores Generales del Área de Gobierno de Empleo y Servicios a la Ciudadanía, se contiene una Disposición Adicional Tercera, párrafo 2º, donde se establece que la facultad de resolver el recurso de reposición se acumula a la facultad (delegada) para la resolución definitiva (BOCAM núm. 155, suplemento, de 1 de julio, págs. 9 y ss.)

**E) Junta de Gobierno Local**

31. La clave del nuevo régimen jurídico de los “municipios de gran población” está precisamente en la nueva configuración orgánica y funcional de la Junta de Gobierno Local. La antigua Comisión de Gobierno (que cambia de nombre también en los Municipios de régimen común) no es ya un mero órgano de apoyo del Alcalde, con posible ejercicio de competencias delegadas. La Junta de Gobierno Local viene a quebrar el modelo bipolar de la Administración municipal (Pleno versus Alcalde) y a basar el gobierno local en el equilibrio entre tres órganos bien distinguidos: Alcalde, Pleno y Junta de Gobierno Local.

32. En los Ayuntamientos de grandes y medianas ciudades la Comisión de Gobierno venía cumpliendo ya, de hecho, una función de dirección político-gubernativa del Municipio. Función directiva esta no suficientemente descrita por el art. 23 LBRL. En el régimen municipal común los órganos municipales relevantes únicamente son el Pleno y el Alcalde. A favor de los demás existe, únicamente, una previsión de delegaciones (del Pleno: art. 22.4 LBRL) o del Alcalde (art. 21.3 LBRL). Pues bien: frente a aquella regulación de la Comisión de Gobierno, la Junta de Gobierno Local propia de los “municipios de gran población” acapara ahora la mayoría de las competencias administrativas del Ayuntamiento. Tanto de competencias antes atribuidas al Pleno como de competencias antes correspondientes al Alcalde. La Junta de Gobierno Local no es ya un órgano de “asistencia al Alcalde”. Es un órgano colegiado con dos cometidos principales, descritos en el art. 126.1 LBRL: “colaborar” con el Alcalde en la dirección política del Ayuntamiento; y ejercer el poder ejecutivo y administrativo en el Ayuntamiento.

33. Desde un punto de vista orgánico, la novedad más relevante de la Junta de Gobierno Local está en la posible incorporación de miembros que no ostentan la condición de Concejales. El nuevo art. 126.2 LBRL permite que —a decisión del Alcalde— hasta un tercio de la Junta (excluido el propio Alcalde) se integre con personas que no ostentan la condición de Concejales<sup>31</sup>. Aquí se pueden incluir tanto miembros no electos del partido en el gobierno municipal como, simplemente, profesionales que gozan de la confianza política del Alcalde. El significado político último de esta posible inclusión de no-concejales no puede determinarse con precisión a priori. Depende, en gran medida, de la propia posición política del Alcalde en relación con los grupos municipales y su partido; y del tipo de mayoría en que se basa el gobierno municipal<sup>32</sup>. En efecto, por medio del nombramiento de no-concejales el Alcalde puede recuperar parte del poder perdido en los acuerdos que llevan a la elaboración de listas electorales. Personas de confianza del Alcalde sin puesto “de salida” en las elecciones municipales pueden ser recuperadas ahora para la Junta de Gobierno Local. Pero también esos puestos pueden ser una vía de intrusión del partido

(31) Con respecto a esta nueva posibilidad, M. SÁNCHEZ MORÓN, *Observaciones sobre el régimen...*, (págs. 12 y 13) quien, frente a las dudas de constitucionalidad de esta fórmula organizativa de la Junta de Gobierno Local, considera que es compatible con el art. 140.1 CE, pues este precepto únicamente ha de interpretarse como una exigencia de gobierno local democrático y no burocrático.

(32) R. SALANOVA, *La Ley 57/2003...*, pág. 269.

respecto de un grupo municipal compacto. No se puede descartar que con la nueva posible composición de la Junta de Gobierno Local se refuerce el “gerencialismo” municipal. Aunque *a priori* parece más probable la prevalencia de factores “políticos” en el nombramiento de estos miembros no-concejales de la Junta de Gobierno Local<sup>33</sup>.

34. A la nueva Junta de Gobierno Local de las “grandes ciudades” se le atribuyen tres tipos básicos de competencias: De propuesta, en materias de decisión del Pleno. De resolución, en la mayoría de los ámbitos de actuación administrativa municipal. Y lo que podríamos denominar “competencias instrumentales”, esto es, poderes concretos de decisión o resolución que acompañan a una competencia principal.

a) La Comisión de Gobierno municipal de las grandes y medianas ciudades ya venía ejerciendo, de hecho, la función de aprobación de proyectos de decisiones del Pleno. Si bien era el Alcalde a quien formalmente correspondía presentar dichas iniciativas ante el Pleno. Aquí la Comisión de Gobierno cumplía (y cumple aún en los Ayuntamientos de régimen común) una labor de asistencia al Alcalde en la preparación de los asuntos sometidos a la aprobación del Pleno. Esta función ha quedado formalizada ahora en la competencia de elaboración de ciertos proyectos sobre los que el Pleno ha de adoptar decisiones. Se trata de los proyectos de ordenanzas y reglamentos [art. 127.1.a) LBRL], del proyecto de presupuestos [art. 127.1.b) LBRL] y de proyectos de instrumentos de ordenación urbanística cuya aprobación provisional o definitiva corresponde al Pleno [art. 127.1.c) LBRL]. En estas materias, como en todas las demás, la convocatoria de las sesiones del Pleno corresponde al Alcalde [art. 124.4.d) LBRL], pero ese poder no incluye de forma implícita el de proponer los proyectos enunciados en el art. 127.1.a), b) y c) LBRL. Antes bien, la nueva distribución de funciones en los “municipios de gran población” impone al Alcalde la inclusión en el orden del día del Pleno de los proyectos formulados por la Junta de Gobierno Local.

b) Las competencias resolutorias de la Junta de Gobierno Local son muy extensas. Se suman aquí competencias que en los Ayuntamientos de régimen común corresponden al Alcalde o al Pleno. Procedentes del Alcalde, a la Junta de Gobierno Local corresponden ahora las competencias para aprobar instrumentos de planeamiento urbanístico de desarrollo, gestión urbanística y proyectos de urbanización [art. 127.1.d) LBRL]; el otorgamiento de licencias [art. 127.1.e) LBRL]; la gestión del personal [art. 127.1.h) LBRL], excluida la aprobación de la plantilla [que sigue siendo competencia del Pleno: art. 123.1.h) LBRL] y la “superior dirección del personal”, que sigue siendo competencia del Alcalde [art. 124.4.i) LBRL] pero que ya no comprende la competencia de nombramiento de los cargos directivos del Ayuntamiento, función que pasa a la Junta de Gobierno Local [art. 127.1.i) LBRL]; y el ejercicio de la potestad sancionadora [127.1.l) LBRL]. Del Pleno del Ayuntamiento procede, en especial, la competencia para aprobar la “relación de puestos de trabajo” del Ayuntamiento [art. 127.1.h) LBRL]. Se distingue así con claridad entre la programación funcional del Ayuntamiento, plasmada en la RPT y cuya aprobación corresponde a la Junta, y la aprobación anual de la plantilla, instrumento administrativo

(33) En este sentido, R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Política y administración...*, pág. 85.

asociado al Presupuesto y que, por lo mismo, su aprobación corresponde al Pleno. Tanto del Alcalde como del Pleno recibe la Junta de Gobierno Local, sin distinción de cuantía, la competencia de contratación y otorgamiento de concesiones, la gestión, adquisición y enajenación del patrimonio, y la concertación de operaciones de crédito [art. 127.1.f) LBRL].

c) Como competencias “instrumentales” se califican aquellas que siguen de una manera lógica a una competencia principal, por más que en ocasiones las Leyes las atribuyan a órganos diferenciados. Dado que la Junta de Gobierno Local recibe, como propias, ciertas competencias decisorias, también se atribuyen ahora ciertas competencias que siguen de una manera lógica (aunque no indefectible) a aquellas competencias principales. Como competencias “instrumentales” de la Junta de Gobierno Local se pueden contar: el poder para autorizar y disponer gastos en materia de su competencia [art. 127.1.g) LBRL]; el ejercicio de acciones judiciales y administrativas, también en materias de su competencia [art. 127.1.j) LBRL], y la facultad de revisión de oficio de sus propios actos [art. 127.1.k) LBRL]. Hay que tener en cuenta, respecto de esta última atribución, que en el régimen común el Pleno del Ayuntamiento concentra y monopoliza la facultad de declarar la lesividad de un acto administrativo (para promover su anulación contenciosa); esa facultad de declaración de lesividad pasa ahora, en materias de competencia de la Junta de Gobierno Local, a la titularidad de este órgano.

35. Las competencias enunciadas en el art. 127 LBRL son propias de la Junta de Gobierno Local. No son delegadas, como ocurre en los Ayuntamientos de régimen común conforme al art. 23 LBRL (antes, respecto de la Comisión de Gobierno; ahora, respecto de la Junta de Gobierno). Por eso mismo, porque se trata de competencias propias, el art. 127.2 LBRL permite –aunque limitadamente– su delegación en otros órganos o cargos municipales, desde los Tenientes de Alcalde hasta los Directores generales. En aplicación de este precepto, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Madrid ha llevado a cabo una amplia delegación de facultades tanto en órganos “superiores” y “directivos” centrales como en los “órganos directivos” de los Distritos<sup>34</sup>.

#### IV. LA “ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL”

36. Como ya hemos visto, el gobierno de los “municipios de gran población” se regula con exhaustividad en la LBRL. Y se define por el equilibrio de poder entre los tres órganos municipales primarios: Pleno del Ayuntamiento, Alcalde y Junta de Gobierno Local. Al servicio del gobierno municipal está la organización administrativa municipal. Esta organización se regula en la LBRL sólo en sus líneas generales, dejando a los distintos órganos del gobierno municipal la definición de la planta del resto de la organización adminis-

(34) Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de la Ciudad de Madrid, de 24 de junio de 2004 (BOCAM núm. 155, suplemento, de 1 de julio de 2004, págs. 58 a 65).

trativa y de sus funciones. La regulación propiamente administrativa del nuevo Título X de la LBRL se limita, básicamente, a tres cuestiones: la clasificación de los órganos municipales en “superiores” y “directivos”; la fijación de la planta básica de la Administración municipal; y la atribución de competencias a los órganos municipales para que completen la planta administrativa básica definida en la LBRL. Todas estas cuestiones se estudian a continuación.

### A) Distinción entre “órganos superiores” y “órganos directivos”

37. Proveniente de la LOFAGE, el nuevo art. 130 LBRL diferencia, en la organización administrativa de los “municipios de gran población”, entre “órganos superiores” y “órganos directivos”. Pero en seguida vamos a ver que aquella tipología elemental de órganos no tiene el mismo sentido en el ámbito de la Administración General del Estado y en la organización de los “municipios de gran población”. El art. 6 LOFAGE establece que son órganos superiores únicamente los Ministros y los Secretarios de Estado; la lista de “órganos directivos” se amplía notablemente en el art. 6.3, 4, 6 y 7 LOFAGE. Dos son los criterios de diferenciación fundamentales para la distinción de los dos tipos de órganos en la Administración General del Estado: la función que cumplen y su forma de provisión<sup>35</sup>. La diferenciación funcional queda cifrada en que “corresponde a los órganos superiores establecer los planes de actuación de la organización situada bajo su responsabilidad y a los órganos directivos su desarrollo y ejecución” (art. 6.8 LOFAGE). La forma diferente de selección se concreta en que el Ministro y el Secretario de Estado son nombramientos netamente políticos (regulados en la Ley 50/1997, del Gobierno, conforme a la remisión del art. 6.9 LOFAGE), mientras que los órganos directivos se integran conforme a “criterios de competencia profesional y experiencia” (art. 6.10 LOFAGE). Un esquema aparentemente similar de diferenciación se puede identificar en la nueva LMMGL, en su distinción entre “órganos superiores” y “órganos directivos” (art. 130 LBRL). El Alcalde y la Junta de Gobierno Local dirigen el funcionamiento de todo el Ayuntamiento, fundamentalmente a través de los “órganos directivos” municipales. Esta función de dirección de todo el Ayuntamiento está expresada en el art.124.4.b), c) y g) (en

**EL ALCALDE Y  
LA JUNTA DE GOBIERNO  
LOCAL DIRIGEN  
EL FUNCIONAMIENTO  
DE TODO EL  
AYUNTAMIENTO A TRAVÉS  
DE LOS ÓRGANOS  
DIRECTIVOS MUNICIPALES**

(35) A. MENÉNDEZ REXACH, “Organización central de la Administración General del Estado”, en *Documentación Administrativa* 246 y 247 (1996-1997), págs. 275 y ss. (pág. 279).

relación con el Alcalde) y en el art. 126.1 LBRL (en lo que hace a la Junta de Gobierno Local). También es clara, en segundo lugar, la diferente forma de provisión de los dos tipos de órganos (mejor, cargos): Tanto el Alcalde como los miembros de la Junta de Gobierno Local son nombramientos políticos; los órganos directivos se integran, en cambio, con criterios jurídicos de mérito y capacidad. Así, el Alcalde se elige de entre los Concejales en función de los resultados electorales (art. 196 LOREG); y los miembros de la Junta de Gobierno Local los determina libremente el Alcalde (art. 126.2 LBRL). En cambio, los órganos directivos (y asimilados) se eligen en función de criterios profesionales: condición funcionarial (del grupo A) o, para los casos en que no es necesaria la condición de funcionario, “competencia profesional y experiencia” (art. 130.3 LBRL).

38. Hasta aquí las similitudes entre los “órganos superiores” y los “órganos directivos” en la LOFAGE y en el Título X de la LBRL. Veamos ahora la singularidad de aquella distinción orgánica en el ámbito de la Administración municipal. En la estructura de la LOFAGE esa distinción sirve para la ordenación de la Administración del Estado, diferenciada así claramente del Gobierno. Ni el Gobierno ni el Presidente del Gobierno se someten a la clasificación de “órganos directivos” frente a “órganos superiores”. El Gobierno y su Presidente quedan, simplemente, al margen de la organización de la Administración General del Estado (y se regulan por la Ley del Gobierno). No ocurre así en la organización de los “municipios de gran población”. El nuevo art. 130.1.A).a) de la LBRL califica al Alcalde como “órgano superior”, calificación esta que no se acompasa con su configuración como órgano principal del gobierno municipal (junto al Pleno y la Junta de Gobierno Local). Para el nuevo Título X de la LBRL, el Pleno y la Junta de Gobierno Local (como tal órgano, con independencia de la calificación de sus miembros), quedan al margen de la calificación de “órgano superior” u “órgano directivo”. Son órganos de gobierno del Ayuntamiento no clasificables en categorías de organización propiamente administrativa. Pero esa simetría con la LOFAGE quiebra en el caso del Alcalde quien (a diferencia de lo que ocurre con el Presidente del Gobierno) sí se califica como “órgano superior”. Tenemos así, en última instancia, que la categoría “órgano superior” no puede tener el mismo sentido jurídico y organizativo que el que pueda presentar en el seno de la LOFAGE. Lo que para la LOFAGE son categorías ordenadoras de la Administración (aparte del Gobierno), para la LBRL son categorías definitorias del gobierno municipal, no sólo de la planta administrativa.

## **B) Configuración de la planta administrativa municipal**

39. La LBRL estructura la planta administrativa de los “municipios de gran población” en torno a dos grandes ejes: organización *central* y organización *desconcentrada* (instrumental o territorial) del Ayuntamiento. Sólo la Administración central y territorial (o periférica) es propiamente singular para los “municipios de gran población”; la Administración desconcentrada instrumental (organismos autónomos, entidades públicas empresariales) no difiere de la de los municipios de régimen común. La organización central se compone de Áreas de Gobierno (donde se incluyen “Coordinadores generales” y “Directores Generales”) y de varios órganos especiales de asesoramiento y control (órgano de apoyo al

Secretario de la Junta de Gobierno Local; asesoría jurídica<sup>36</sup>; órgano de gestión tributaria; intervención general municipal; órgano económico-administrativo; consejo social<sup>37</sup>). La nueva organización administrativa periférica se articula en distritos, presididos en todo caso por un Concejales (art. 128 LBRL).

40. La regulación de la organización administrativa en la LBRL no ofrece una estructura acabada del Ayuntamiento. La planta administrativa municipal es, más bien, decisión de cada Ayuntamiento. Como ya se ha razonado más arriba, el Título X de la LBRL ha de interpretarse siempre de conformidad con el principio de autonomía local. Esta interpretación *pro autonomía local* cede únicamente allí donde la LBRL adopta decisiones organizativas de forma directa e indubitada. Y lo cierto es que la LBRL normalmente se limita a distribuir —entre los tres órganos municipales primarios— las competencias de configuración de la planta administrativa. Teniendo presente este punto de partida, la planta administrativa de cada Ayuntamiento —en los límites que tolere la legislación de cada Comunidad Autónoma— puede ser bien diferente de un Municipio a otro.

41. La planta administrativa de cada Ayuntamiento viene determinada por la conjunción de decisiones de los tres órganos primarios del gobierno municipal: el Pleno, el Alcalde y la Junta de Gobierno Local. Hay en el Título X de la LBRL una aparente simetría con la forma de configurar la planta administrativa del Estado, conforme a la regulación de la Ley 50/1997, del Gobierno. Pero la simetría descrita no es más que aparente. Dista mucho de ser real. En la definición de la planta administrativa de la Administración General del Estado hay una distribución básica de poder entre el Presidente del Gobierno, el Consejo de Ministros y cada Ministro. La función de las Cortes es aquí muy limitada: la reserva de Ley contenida en el art. 103.2 CE se cumple precisamente con la atribución (por Ley) de poder para configurar la planta administrativa a favor de los órganos del Estado recién enunciados. Bien distinta es la distribución del poder de organización administrativa en los “municipios de gran población”. Las decisiones organizativas fundamentales se distribuyen entre el Pleno y el Alcalde; la Junta de Gobierno Local cumple aquí una función muy residual.

a) Al Pleno del Ayuntamiento corresponde determinar, mediante la aprobación del Reglamento orgánico del Ayuntamiento, los “niveles esenciales de la organización municipal” [art. 123.c).6 LBRL]. Entre esos niveles esenciales se incluyen expresamente: las Áreas de Gobierno, Coordinadores Generales y Direcciones Generales. Parece, sin embargo, que la competencia del Pleno se limita a la configuración en abstracto de aquellos “niveles esenciales”, pero no alcanza a la creación o supresión de órgano alguno. Esa función viene atribuida

(36) Sobre la asesoría jurídica ver: M. J. DOMINGO ZABALLOS, “La Asesoría Jurídica en los Municipios de Gran Población (Comentario al artículo 129 de la LBRL)”, en *Revista de Estudios Locales*, núm. 77 (octubre 2004), págs. 22 y ss. En este trabajo se hace un estudio detallado de las características requeridas por los miembros de la asesoría, sus funciones y posibles problemas especialmente de coordinación en el seno de los Ayuntamientos.

(37) Una breve explicación de todos ellos se encuentra en: M. SÁNCHEZ MORÓN, *Observaciones sobre el régimen general...* (págs. 14 y ss.) También a este respecto, ya en la realidad, los Reglamentos Orgánicos del Consejo Social y del Consejo Tributario de la Ciudad de Palma (de 29 de julio de 2004), el Reglamento por el que se regula la Composición, Competencias, Organización, Funcionamiento y Procedimiento del Tribunal Económico-Administrativo del Ayuntamiento del Bilbao (de 25 de octubre de 2004) y el Reglamento de reclamaciones económico-administrativas del Ayuntamiento de San Sebastián (de 6 de agosto de 2004).

al Alcalde en el propio art. 123.c).6 LBRL. El Reglamento orgánico cumple aquí, entonces, una función similar a la que cumple la Ley (en concreto, la LOFAGE) en la Administración General del Estado. El Pleno, a través de su Reglamento orgánico, prevé cuáles pueden ser los órganos administrativos esenciales del Ayuntamiento y establece las relaciones orgánicas y funcionales entre ellos. Pero su existencia misma no es decisión del Pleno, sino del Alcalde.

b) Es competencia del Alcalde “establecer la organización y estructura de la Administración municipal ejecutiva” [art. 124.4.k) LBRL]. Y en especial, conforme al art. 123.1.c).6 LBRL, “determinar el número” de Áreas de Gobierno Municipal, los Coordinadores generales y las Direcciones Generales, y “establecer niveles complementarios inferiores”. Parece razonable pensar que el poder para la “determinación del número” de los órganos esenciales del Ayuntamiento comprende la facultad de creación de esos órganos. Hay aquí una aparente simetría con el poder del Presidente del Gobierno para determinar los Ministerios que han de componer el Gobierno. Pero la simetría es aparente. En el caso del Presidente del Gobierno, la creación de los Ministerios (por Real Decreto del Presidente) es una consecuencia necesaria de la forma de gobierno parlamentaria diseñada por la Constitución: recibida la confianza del Congreso, el Presidente ha de formar Gobierno, y para poder nombrar Ministros que integren ese Gobierno primero han de estar creados los Ministerios. Ello exige que el poder de creación o supresión de Ministerios esté atribuido al Presidente. Distinto es el caso del Alcalde. El nombramiento de los miembros de la Junta de Gobierno Local, que corresponde al Alcalde (art. 126.2 LBRL), no supone la asignación necesaria de concretas Áreas de Gobierno a los distintos miembros de la Junta de Gobierno Local. Los miembros de la Junta de Gobierno Local no son necesariamente, en la estructura de la LBRL, jefes de departamentos (de Áreas de gobierno). Y por lo mismo, no es imprescindible, en el sistema de la LBRL que antes del nombramiento de los miembros de la Junta de Gobierno Local ya hayan quedado predeterminadas las distintas Áreas de Gobierno. En consecuencia, el poder de creación de órganos administrativos, que los arts. 124.4.k) y 123.c).6 LBRL, atribuyen al Alcalde, han de entenderse como una nota propia del sistema de gobierno local establecido por la LBRL. A diferencia del organigrama de la Administración General del Estado, entregada a las decisiones del Consejo de Ministros, la organización municipal viene determinada por el Alcalde, no por el Pleno del Ayuntamiento ni por la Junta de Gobierno Local.

c) Por último, la Junta de Gobierno Local ostenta una facultad secundaria y complementaria en la configuración de la planta administrativa del Ayuntamiento. A través de la competencia para aprobar la “relación de puestos de trabajo” [art. 127.1.h) LBRL] la Junta de Gobierno Local debe ejecutar las decisiones organizativas del Pleno y del Alcalde y, más allá, complementar orgánica y funcionalmente la planta administrativa. Piénsese, por ejemplo, en que en virtud del art. 166 del Real Decreto Legislativo 781/1986, la relación de puestos de trabajo (ahora aprobada por la Junta de Gobierno Local) puede atribuir “tareas complementarias” al órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local<sup>38</sup>.

(38) En este sentido, A. MARÍN PÉREZ, “El órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local”, en *Revista de Estudios Locales*, núm. 74 (2004), págs. 49 y ss. (pág. 57).

**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. C) Libre circulación de trabajadores. a) Ámbito de aplicación. b) Contenido jurídico. a') Derechos de entrada y residencia. b') Igualdad de trato. D) Libre circulación de capitales.

**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.

Ahora bien, en lo que respecta a las medidas cautelares, es de señalar una novedad ciertamente relevante: la afirmación de que las autoridades administrativas internas no están facultadas para inaplicar cautelarmente medidas de ejecución nacionales con base en una norma comunitaria, cuando existan dudas acerca de la validez de la misma; y ello, incluso, en aquellos casos en los que un órgano judicial de otro estado miembro haya planteado la cuestión prejudicial de validez. Es ésta una declaración formulada por el Abogado General Sr. Tizziano, que ha venido a precisar el régimen tradicional de este instituto y que será objeto de análisis en la presente crónica.

**2. PRINCIPIOS GENERALES**

Entre los principios del TCE aplicables a la contratación pública sobresale la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad por encima de todos los demás (libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, derecho de establecimiento,...) Esta exigencia se considera por el TJCE como el fundamento de todo el sistema de contratación pública a nivel comunitario (Sentencia de 22 de junio de 1993, asunto

C-243/89). En efecto, el deber de respetar el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en sus ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia (Sentencia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartado 81).

Pues bien, la Sentencia del TJCE de 3 de marzo de 2005 (en los los asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03) recuerda la consolidada jurisprudencia europea que sostiene que el principio de igualdad de trato exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente (Sentencias de 14 de diciembre de 2004, Arnold André, C-434/02, Rec. p. I-0000, apartado 68 y la jurisprudencia que allí se cita, y Swedish Match, C-210/03, Rec. p. I-0000, apartado 70 y la jurisprudencia que allí se cita). Ahora bien, una persona que se haya encargado de la investigación, de la experimentación, del estudio o del desarrollo de obras, suministros o servicios relativos a un contrato público (en lo sucesivo, una “persona que haya realizado determinados trabajos preparatorios”) no se encuentra forzosamente, respecto de la participación en el procedimiento de adjudicación de dicho contrato, en la misma situación que una persona que no haya realizado tales trabajos. En efecto, por una parte, la persona que haya participado en determinados trabajos preparatorios puede verse favorecida a la hora de formular su oferta, en virtud de la información que haya podido obtener sobre el contrato público en cuestión al realizar los mencionados trabajos. Pues bien, todos los licitadores deben disponer de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas (véase, en este sentido, la Sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 54). Por otra parte, dicha persona puede encontrarse en una situación que dé lugar a un conflicto de intereses, en el sentido de que, tal y como señala acertadamente la Comisión de las Comunidades Europeas, si licita en el mismo contrato público, puede influir involuntariamente en las condiciones de éste, orientándolo en un sentido que le sea favorable. Esta situación podría falsear la competencia entre los licitadores. Por tanto, teniendo en cuenta que la persona que haya efectuado determinados trabajos preparatorios podría hallarse en tal situación, no cabe afirmar que el principio de igualdad de trato obligue a tratarla del mismo modo que a cualquier otro licitador.

### 3. FUENTES

Ninguna novedad destacable en el período al que se circunscribe la presente crónica. En línea con reseñas anteriores pueden destacarse las SSTJCE de 3 de marzo de 2005, Comisión c. Austria, As. C-90/04 (FJ 6º), y de 28 de abril de 2005, Comisión c. Bélgica, As. C-376/04 (FJ 10º), Comisión c. Luxemburgo, As. C-375/04 (FJ 10º), y Comisión c. España, As. C-31/04 (FJ 11º), que vienen a reiterar el momento en el que debe cons-

## I. Derecho Comunitario

tatarse el incumplimiento de un Estado miembro de su obligación de adaptación del Derecho interno al comunitario: dicha constatación habrá de producirse al final del plazo señalado en el dictamen motivado, de modo que cualquier cambio acaecido con posterioridad no tendrá ningún efecto.

Igualmente, en el último de los pronunciamientos señalados [STJCE de 28 de abril de 2005, Comisión c. España, As. C-31/04 (FJ 12º)] se reitera la imposibilidad de que un Estado miembro alegue disposiciones, prácticas o circunstancias de su propio ordenamiento jurídico para justificar la no adaptación de su Derecho interno a una Directiva en el plazo establecido.

### 4. RECURSOS

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

#### 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 recursos 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

Cuarenta y seis sentencias han sido objeto de estudio en el período que comprende esta crónica. La práctica totalidad de las mismas (cuarenta y cinco) han sido obra del Tribunal de Justicia de la Unión, mientras que tan sólo una lo ha sido del Tribunal de Primera Instancia, en ejercicio de su relativamente reciente asumida competencia en esta materia (art. 225.3 del TCE).

En lo que atañe a las cuestiones prejudiciales, nada ha cambiado. Los contenidos abordados han sido los mismos a los que ya nos tiene acostumbrados el Tribunal (admisibilidad-inadmisibilidad, ámbito de aplicación prejudicial, petición de reapertura de la fase oral del procedimiento, etc.), como también el sentido de sus pronunciamientos.

Por el contrario, y en lo que respecta a las medidas cautelares, es de señalar una novedad ciertamente relevante: la afirmación de que las autoridades administrativas internas no están facultadas para inaplicar cautelarmente medidas de ejecución nacionales con base en una norma comunitaria, cuando existan dudas acerca de la validez de la misma; y ello, incluso, en aquellos casos en los que un órgano judicial de otro estado miembro haya planteado la cuestión prejudicial de validez. Es ésta una declaración formulada por el Abogado General Sr. Tizziano, que ha venido a precisar el régimen tradicional de este instituto y que será objeto de análisis más adelante.

## CUESTIONES PREJUDICIALES

Como acabamos de señalar, la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia en lo que concierne a las cuestiones prejudiciales, tanto de interpretación como de validez, no ha sufrido variación digna de mención.

Así, y en lo que concierne a las cuestiones prejudiciales interpretativas, ni los contenidos examinados, ni el sentido de los pronunciamientos del Tribunal, han experimentado cambio sustancial alguno. A pesar de lo anterior, no podemos por menos que dar cumplida noticia de las siguientes sentencias.

En primer lugar, de la **STJUE de 10 de marzo de 2005, EasyCar, As. C-336/03** y de la **STJUE de 14 de abril de 2005, Deponiezweckverband Eiterköpfe, As. C-6/03**, en las que se solicita la reapertura de la fase oral del procedimiento.

Es importante destacar a este respecto, que cada vez es más frecuente la invocación de esta posibilidad por las partes en los procedimientos prejudiciales. Como también lo es, por cierto, que el Tribunal de Justicia suele rechazar invariablemente tales solicitudes. De hecho, así ocurre en los casos de autos.

En cualquier caso, es conveniente recordar, que ésta es una eventualidad prevista en el art. 61 del Reglamento de Procedimiento, de la que el Tribunal de Justicia viene haciendo un uso discrecional (oído siempre el parecer del Abogado General) y que sólo ha sido acogida por el Tribunal en aquellos supuestos en los que: a) considere que no está suficientemente informado; o b) cuando el asunto deba dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes.

En segundo lugar es de reseñar también, la **STJUE de 12 de abril de 2005, Ferón Unión Aduanera, As. C-170/03**, en la que se pone de manifiesto, una vez más, que el ámbito de aplicación del mecanismo prejudicial va más allá de los estrictos límites marcados por el Derecho comunitario.

En efecto, en este pronunciamiento, el Tribunal de Justicia tiene la oportunidad de aclarar, que no basta que los hechos del procedimiento principal se sitúen fuera del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario para excluir la utilización del instrumento prejudicial, sino que es necesario, además, que el Derecho comunitario no haya sido objeto de invocación por el Derecho interno.

En suma, en aquellos casos en los que –como el que aquí nos ocupa– la situación fáctica se coloca más allá de las fronteras del Derecho Comunitario, es preciso verificar que dicha apariencia no se vea desvirtuada por el hecho de que las disposiciones de este Derecho hayan sido declaradas aplicables por el Derecho nacional. En tales supuestos, el empleo del mecanismo prejudicial sería también viable.

## I. Derecho Comunitario

En tercer, y último lugar, deben destacarse la STJUE de 10 de marzo de 2005, QDQ Media, As. C-235/03, y la STJUE de 12 de abril de 2005, Keller vs. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) e Instituto Nacional de la Gestión Sanitaria (INGESA), As. C-145/03, pues, de un lado, son las únicas sentencias que tienen su origen en sendas cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles (Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Barcelona y Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid, respectivamente); y de otro, en el caso concreto de la Sentencia Keller vs. INSS e INGESA el Tribunal de Justicia tiene la oportunidad de repasar, por única vez en el período que comprende esta crónica, su jurisprudencia en cuanto a los supuestos de admisibilidad de las cuestiones prejudiciales.

Así es, en la Sentencia Keller, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la admisibilidad, o no, de la cuestión prejudicial planteada. Cuestión prejudicial que tiene por objeto: conocer la correcta interpretación de los arts. 3, 19 y 22 del Reglamento CEE 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad; y del art. 22, apartados 1 y 3, del Reglamento CEE 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento CEE 1408/71 (en su versión modificada y actualizada mediante el Reglamento CEE 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983), y que se inscribe en el marco de un litigio entre los herederos de la Sra. Keller (subrogados en los derechos de ésta en el curso del procedimiento principal) y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), junto al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA). Litigio que se originó por la negativa de este último (denominado cuando ocurrieron los hechos del litigio principal, Instituto Nacional de la Salud), a rembolsar los gastos de la asistencia hospitalaria recibida por la Sra. Keller en una clínica suiza.

Ciñéndonos aquí a los motivos de inadmisión, los demandados (INSS e INGESA), así como el Gobierno español, fundamentan sus alegaciones con base en los siguientes motivos:

- a) La posible existencia de importantes contradicciones en el auto de remisión, lo que imposibilitaría la respuesta útil del Tribunal de Justicia al órgano jurisdiccional nacional (apartado 28 de la Sentencia).
- b) El presunto carácter meramente hipotético de la petición prejudicial (apartado 32 de la Sentencia), pues la admisión de la Sra. Keller en la Clínica Universitaria de Zúrich no es consecuencia de una decisión de traslado tomada por los médicos de la Clínica Universitaria de Colonia, sino de una iniciativa de la propia interesada, que abandonó el establecimiento en el que estaba hospitalizada en contra del consejo de los médicos alemanes.
- c) La eventual extralimitación del mecanismo prejudicial (apartado 37 de la Sentencia), pues a juicio de los anteriores, la solución del litigio principal queda fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario (motivo este al que ya nos hemos referido anteriormente), para situarse en el terreno propio, exclusivo y excluyente del Derecho nacional.

A juicio del Tribunal de Justicia, sin embargo, los motivos de inadmisión alegados no pueden ser admitidos, y ello con base en las siguientes razones y argumentos:

a) En cuanto al primero de los motivos de inadmisión (esto es, la posible existencia de contradicción en el auto de remisión), dicho auto permitiría comprender la pertinencia y el alcance de la primera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente (apartados 29, 30 y 31 de la Sentencia), como se deduce del contenido de las observaciones presentadas por las partes en el litigio principal y los Gobiernos de los Estados miembros.

b) En lo relativo al segundo de los motivos de inadmisión (carácter meramente hipotético de la cuestión prejudicial planteada), es preciso recordar que, en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 234 del TCE basado en una clara separación de las funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, toda apreciación de los hechos del asunto principal es competencia del juez nacional. Asimismo, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio (y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse) apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse. Más aun en el presente caso, tal y como se desprende de la exposición de los hechos realizada en el auto de remisión, en la que el órgano de jurisdicción nacional consideró que la admisión de la Sra. Keller en la Clínica Universitaria de Zúrich era consecuencia de una decisión de los médicos de la Clínica Universitaria de Colonia, tomada tras realizar diversas pruebas y un examen profundo de las posibilidades terapéuticas en relación con la patología de la interesada. El órgano jurisdiccional nacional se basa, a este respecto, en el informe de un cirujano especializado en otorrinolaringología que certifica que, en el momento en que ocurrieron los hechos, la Clínica Universitaria de Zúrich era la única en Europa, que podía practicar con posibilidades reales de éxito el tipo de operación que requería la patología de la Sra. Keller (apartados 33, 34 y 35 de la Sentencia).

c) Por último, y en lo que atañe a la eventual extralimitación en el uso del mecanismo prejudicial por situarse el litigio principal en el ámbito de aplicación exclusivo del Derecho nacional, es preciso señalar que la mera circunstancia de que dicha asistencia se haya prestado fuera del territorio comunitario no basta para excluir la aplicación de los citados Reglamentos; al ser el criterio determinante, el vínculo del asegurado de que se trate con un régimen de seguridad social de un Estado miembro. En el caso de autos, la Sra. Keller estaba afiliada cuando ocurrieron los hechos del litigio principal al régimen español de la seguridad social, y poseía los formularios expedidos por el INSALUD con arreglo al art. 22 del Reglamento 1408/71. En consecuencia, no cabe poner en duda la aplicabilidad, en el asunto del litigio principal, de los Reglamentos 1408/71 y 574/72 (apartados 38 y 39 de la Sentencia).

## I. Derecho Comunitario

En virtud de lo anterior, la decisión a la que llega el Tribunal de Justicia no puede ser otra: declarar la admisibilidad de la petición prejudicial planteada, desestimando los motivos de inadmisión alegados por los demandados y el Gobierno español.

Por último, y pasando ya al grupo de cuestiones prejudiciales de validez, tampoco existe novedad alguna en la jurisprudencia reciente del Tribunal.

Baste citar en este apartado, la **STJCE de 1 de marzo de 2005, Van Parys, As. C-377/02**, en la que se plantea una petición de decisión prejudicial y que tiene por objeto:

“la validez del Reglamento (CEE) núm. 404/93 del Consejo, de 13 de febrero de 1993, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano (DO L 47, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 1637/98 del Consejo, de 20 de julio de 1998 (DO L 210, p. 28), del Reglamento (CE) núm. 2362/98 de la Comisión, de 28 de octubre de 1998, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento núm. 404/93 en lo relativo al régimen de importación de plátanos en la Comunidad (DO L 293, p. 32), del Reglamento (CE) núm. 2806/98 de la Comisión, de 23 de diciembre de 1998, sobre la expedición de certificados de importación de plátanos, de acuerdo con los contingentes arancelarios, y de plátanos tradicionales ACP para el primer trimestre de 1999 y la presentación de nuevas solicitudes (DO L 349, p. 32), del Reglamento (CE) núm. 102/1999 de la Comisión, de 15 de enero de 1999, sobre la expedición de certificados de importación de plátanos, en el marco de los contingentes arancelarios y de los plátanos tradicionales ACP para el primer trimestre de 1999 (segundo período) (DO L 11, p. 16), y del Reglamento (CE) núm. 608/1999 de la Comisión, de 19 de marzo de 1999, relativo a la expedición de los certificados de importación de plátanos para el segundo trimestre de 1999, en el marco de los contingentes arancelarios y de los plátanos tradicionales ACP, y a la presentación de nuevas solicitudes (DO L 75, p. 18), en relación con los artículos I y XIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (DO 1994, L 336, p. 103; en lo sucesivo, ‘GATT de 1994’), que constituye el anexo 1A del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (en lo sucesivo, ‘OMC’), aprobado mediante la Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) (DO L 336, p. 1), y con el artículo 4 del Acuerdo marco de cooperación entre la Comunidad Económica Europea y el Acuerdo de Cartagena y sus países miembros, la República de Bolivia, la República de Colombia, la República del Ecuador, la República del Perú y la República de Venezuela, aprobado en nombre de la Comunidad mediante la Decisión 98/278/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998 (DO L 127, p. 10; en lo sucesivo, ‘Acuerdo marco’)”.

De la cual prácticamente nada cabe destacar, salvo el hecho de ser la única cuestión prejudicial de validez del período, y que el Tribunal no aprecia motivo alguno de invalidez en las normas comunitarias controvertidas.

## MEDIDAS CAUTELARES

Como también destacábamos en la introducción, y al contrario de lo que viene siendo habitual, hemos hallado en la jurisprudencia reciente del Tribunal una interesante novedad, para la reflexión y el debate, en lo que concierne a las medidas cautelares.

Novedad que toma como punto de partida el siguiente interrogante: ¿puede una autoridad administrativa suspender cautelarmente la aplicación de medidas nacionales que ejecutan disposiciones comunitarias cuya validez haya sido impugnada? En otras palabras, ¿puede una autoridad administrativa, al igual que se le consiente al juez nacional (art. 243 del TCE), desaplicar con carácter provisional una medida nacional de ejecución de una disposición comunitaria cuya validez se discute?

Es éste un enigma que se plantea y se explora en las **Conclusiones del Abogado General de 7 de abril de 2005**, Sr. Antonio Tizziano, al hilo del examen de las cuestiones prejudiciales planteadas en los asuntos: C-453/03, ABNA Ltd. y Otros contra Secretary of State for Health y Food Standards Agency [petición de decisión prejudicial planteada por la *Hight Court of Justice, Queen's Bench* (Reino Unido)]; As. ac., C-11/04 y C-12/04, Fratelli Martini & C. spa y Cargill srl contra Ministero delle Politiche Agricole e Forestali, Ministero delle Attività Produttive, Ministero della Salute, y Ferrari Mangimi srl., ASSALZOO (Associazione Nazionale tra i Produttori di Alimenti Zootencici) contra Ministero delle Politiche Agricole e Forestali, Ministero delle Attività Produttive y Ministero della Salute, [peticiones de decisión prejudicial planteadas por el *Consiglio di Stato* (Italia)]; y C-194/04, *Nederlandse Verenigin Diervoedrindustrie Nevedi* contra *Productschap Dierveoder* [petición de decisión prejudicial planteada por el *Rechtbank te 's-Gravenhage* (Países Bajos)].

Es en relación con este último asunto (C-194/04, *Nederlandse Verenigin Diervoedrindustrie Nevedi* contra *Productschap Dierveoder*, apartados 164 a 181 de las Conclusiones), donde el Tribunal Neerlandés competente para la resolución del litigio principal plantea la pregunta con la que hemos encabezado este epígrafe, y que tanto interés tiene para nosotros: ¿puede una autoridad administrativa suspender cautelarmente una medida nacional de aplicación de una norma comunitaria, cuando albergue dudas acerca de la validez de la misma en base a que un órgano nacional de otro Estado miembro haya presentado una cuestión prejudicial de validez?

Pues bien, a juicio del Abogado General Sr. Tizziano, la respuesta a esta pregunta debe ser negativa. Y ello con base en el siguiente argumentario (apartados 167 a 180 de las Conclusiones).

En primer lugar (apartados 167 a 169), y en contra de la opinión mantenida por Nevedi (una de las partes en el proceso), la suspensión cautelar de una medida nacional de aplicación de la normativa comunitaria no puede sustentarse en razones de economía procesal, tales como las de "(...) evitar a los particulares un procedimiento prejudicial inútil" (apartado 165 *in fine* de las Conclusiones).

## I. Derecho Comunitario

En segundo lugar, porque el precedente sentado por la STJUE de 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo*, As. C-103/88 y citado también por Nevedi, no puede ser invocado en este caso, pues, a diferencia de aquél, no se discute en éste si las autoridades administrativas nacionales pueden inaplicar medidas internas destinadas a hacer cumplir lo establecido en una norma comunitaria cuya validez resulta indiscutible, sino, precisamente, si las autoridades administrativas nacionales pueden hacer eso mismo cuando la validez de la norma comunitaria está en discusión. En suma, no concurren en el caso de autos las exigencias de protección de aplicación plena y uniforme del Derecho Comunitario, y que sí estaban en juego en la Sentencia *Fratelli Costanzo*.

Y en tercer lugar (apartados 170 a 176), no comparecen tampoco, los condicionantes y requisitos generales que facultan a un órgano jurisdiccional (cuanto más en el caso de autoridad administrativa), para inaplicar cautelarmente una medida nacional con base en el Derecho Comunitario. Así es, el Abogado General nos recuerda en estos párrafos que tal posibilidad supone una “atenuación” del monopolio del Tribunal de Justicia y una excepción a la regla general de la aplicación. Atenuación y excepción que sólo deben admitirse allí donde exista justificación para ello, esto es:

a) Con carácter general, cuando se persiga la salvaguardia de la plena tutela judicial de los particulares, o la coherencia del sistema jurisdiccional comunitario.

b) Con carácter particular, es necesario también: que el juez albergue dudas sobre la validez del acto comunitario del que el nacional trae su causa; que plantee directamente la cuestión prejudicial de validez con carácter inmediato; que concurren los elementos de urgencia; que el solicitante corra el riesgo de sufrir un perjuicio grave e irreparable; y, por último, que el juez tenga plenamente en cuenta el interés de la Comunidad.

Pues bien, el Abogado General Sr. Tizziano estima que, cuando la autoridad que pretende la suspensión cautelar tiene naturaleza administrativa, no concurren ni las exigencias, ni los requisitos que acabamos de señalar (apartado 176).

De una parte, porque las autoridades administrativas no celebran juicios destinados a asegurar el respeto de los derechos de origen comunitario, en los cuales puede plantearse una cuestión al Tribunal de justicia en condiciones de imparcialidad e independencia (algo que sí ocurre en el caso de órganos de naturaleza jurisdiccional).

De otra, porque los requisitos “particulares” señalados para la suspensión de la aplicación de normas nacionales de ejecución de un acto comunitario son difícilmente conciliables con la situación y las facultades de las autoridades de naturaleza administrativa, en especial en lo que se refiere a la estimación de un perjuicio grave e irreparable, así como a las medidas que deben adoptarse para proteger los intereses de la Comunidad (por ejemplo, el embargo preventivo de bienes), y que se reservan normalmente a la competencia de los jueces.

Con base en estos motivos, el Abogado General concluye que:

“(…) las autoridades administrativas de un Estado miembro no tienen la facultad de suspender con carácter cautelar la aplicación de medidas nacionales que ejecutan disposiciones comunitarias cuya validez se haya impugnado, ni siquiera cuando un juez de otro Estado miembro ya haya solicitado al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la validez de dichas disposiciones”.

En otros términos, desmonta la analogía establecida por una de las partes en el proceso (Nevedi) entre autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales nacionales, a la hora de poder inaplicar medidas nacionales de ejecución del Derecho Comunitario cuando la validez del mismo esté en cuestión.

Se introduce de este modo un matiz importante y hasta ahora ignoto, en lo que a las medidas cautelares se refiere. Las autoridades administrativas pueden equipararse a las judiciales en la inaplicación cautelar de las medidas nacionales de ejecución del Derecho comunitario cuando la validez del mismo resulte indiscutible (Sentencia *Fratelli Costanzo*). Ahora bien, no será así cuando se cuestione la validez de la norma comunitaria. En estos casos, la eventual inaplicación cautelar de la medida nacional sólo podrá ser adoptada por un órgano, o una autoridad, de naturaleza judicial. Ésta es, al menos, la postura defendida por el Abogado General Sr. Tizziano.

## 5. MERCADO INTERIOR

### A) Libre circulación de mercancías

En el período objeto de análisis (enero-mayo de 2005) no ha habido ningún pronunciamiento jurisprudencial en esta materia.

### 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 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 arts. 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. 59)	Art. III-29 CEU
Art. 50 TCE (ex art. 60)	Art. III-30 CEU
Art. 51 TCE (ex art. 61)	Art. III-31 CEU
Art. 52 TCE (ex art. 63)	Art. III-32 CEU
Art. 53 TCE (ex art. 64)	Art. III-33 CEU
Art. 54 TCE (ex art. 65)	Art. III-34 CEU
Art. 55 TCE (ex art. 66)	Art. III-35 CEU

En el período analizado (febrero a mayo de 2005) se han dictado un total de tres Sentencias sobre esta materia, la primera de ellas la **STJCE (Sala Tercera) de 17 de febrero de 2005, Viacom Outdoor, As. C-134/03**. En el supuesto de hecho se enjuicia un impuesto municipal italiano que grava la publicidad. El litigio se plantea entre dos empresas: Viacom, con sede en Italia y la segunda en Francia. Ambas empresas contrataron los servicios de colocación de anuncios publicitarios en el territorio del Municipio de Génova (Italia). La empresa italiana se negó a devolver a la francesa un impuesto local de 227 euros pagado al Ayuntamiento de Génova. La empresa reclamante sostiene que las disposiciones del Derecho italiano que establecen y regulan el impuesto municipal sobre la publicidad son contrarias al Derecho comunitario, en particular a la libre prestación de servicios prevista en el art. 49 TCE y a las normas sobre la competencia contenidas en los arts. 82, 86, 87 y 88 TCE.

El juez italiano pregunta esencialmente al TJCE si el art. 49 TCE se opone a la percepción de un impuesto como el impuesto municipal sobre la publicidad establecido por el Decreto Legislativo 507/1993, al que están sujetas, entre otras, las prestaciones de servicios de colocación de anuncios públicos que tienen carácter transfronterizo debido al lugar de establecimiento bien del prestador, bien del destinatario de los servicios.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el art. 49 TCE exige la supresión de cualquier restricción a la libre prestación de servicios, cuando pueda prohibir u obstaculizar de otro modo las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos. Por otra parte, la libertad de prestación de servicios beneficia tanto al prestador como al destinatario de los servicios (Sentencias de 13 de julio de 2004, Comisión/Francia, C-262/02, Rec. p. I-0000, apartado 22, y Bacardi, C-429/02, apartado 31<sup>1</sup> y la jurisprudencia citada). Además, una medida fiscal nacional que obstaculiza el ejercicio de la libertad de prestación de servicios podría constituir una medida prohibida, con independencia de que sea aplicada por el propio Estado o bien por una corporación local (véase, en este sentido, la Sentencia de 29 de noviembre de 2001, De Coster, C-17/00<sup>2</sup>, Rec. p. I-9445, apartados 26 y 27).

(1) Esta STJCE fue objeto de análisis en el número 25 de esta revista (octubre de 2004), págs. 86 y 87.

(2) Sentencia comentada en el núm. 15 de esta revista (abril de 2002), págs. 53 a 55.

En segundo lugar, el impuesto sólo se aplica a las actividades publicitarias exteriores que impliquen la utilización del espacio público administrado por las autoridades municipales y que su importe está fijado en un nivel modesto (el Tribunal se guía por la escasa cuantía económica) en relación con el valor de las prestaciones de servicios sujetas a él. En tales circunstancias, la percepción de un impuesto de este tipo, en cualquier caso, no prohíbe, obstaculiza ni hace menos atractivas de otro modo las prestaciones de servicios publicitarios que se realicen en el territorio de los municipios de que se trate, incluso cuando dichas prestaciones tienen carácter transfronterizo debido al lugar de establecimiento bien del prestador, bien del destinatario de los servicios.

Por ello, el tribunal rechazó el recurso. Para el TJCE, el art. 49 TCE no se opone a la percepción de un impuesto como el enjuiciado en la Sentencia.

En segundo lugar, la **STJCE (Sala Tercera) de 10 de marzo de 2005, Laboratoires Fournier, As. C-39/04**, resuelve en sentido estimatorio la petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del art. 49 TCE respecto a una la legislación francesa, que instituye un mecanismo de crédito fiscal en materia de investigación reservado exclusivamente a las actividades de investigación realizadas en Francia.

La solicitud se planteó dentro de un litigio entre la sociedad francesa *Laboratoires Fournier*, y un Organismo público dependiente del Ministerio francés de Economía y finanzas, tras la impugnación de un crédito fiscal en materia de investigación del que habían disfrutado los *Laboratoires Fourier*. Este crédito fiscal estaba reservado exclusivamente a actividades de investigación realizadas en Francia.

Para el TJCE, la eficacia de los controles fiscales constituye una razón imperiosa de interés general que puede justificar una restricción al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el TCE (Sentencia de 15 de mayo de 1997, *Futura Participations y Singer C-250/95*, Rec. p. I-2471, apartado 31). Por tanto, un Estado miembro está autorizado a aplicar medidas que permitan la comprobación, de manera clara y precisa, del importe de los gastos deducibles en este Estado en concepto de gastos de investigación (Sentencia de 8 de julio de 1999, *Baxter y otros, C-254/97*, Rec. p. I-4809, apartado 18). Sin embargo —y éste es el argumento que lleva al Tribunal a condenar la legislación francesa—, la eficacia de los controles fiscales no puede justificar una normativa nacional que impide de manera absoluta al contribuyente aportar la prueba de que los gastos correspondientes a las actividades de investigación realizadas en otros Estados miembros se efectuaron realmente y respetan los criterios prescritos.

En tercer lugar, **STJCE (Sala Primera) de 14 de abril de 2005, Comisión contra Alemania, As. C-341/02**. En el supuesto de hecho de esta Sentencia, la Comisión solicitaba al Tribunal que declarase que la República Federal de Alemania había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 49 TCE y del art. 3 de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DO 1997,

## I. Derecho Comunitario

L 18, p. 1), al no haber reconocido como conceptos que forman parte del salario mínimo la totalidad de los incrementos y de los complementos abonados por los empresarios establecidos en otros Estados miembros a sus trabajadores del sector de la construcción desplazados a Alemania –con excepción de la prima concedida a los trabajadores del citado sector– y al no haber tenido en cuenta, por este motivo, los conceptos salariales efectivamente abonados por dichos empresarios a sus trabajadores desplazados.

Según reiterada jurisprudencia, el Derecho comunitario no se opone a que un Estado miembro obligue a una empresa establecida en otro Estado miembro que realice una prestación de servicios en el territorio del primer Estado miembro a pagar a sus trabajadores la retribución mínima fijada por las normas nacionales de dicho Estado (Sentencias de 3 de febrero de 1982, *Seco y Desquenue & Giral*, As. acumulados 62/81 y 63/81, Rec. p. 223; de 28 de marzo de 1996, *Guiot*, C-272/94, Rec. p. I-1905; de 23 de noviembre de 1999, *Arblade y otros*, As. acumulados C-369/96 y C-376/96, Rec. p. I-8453; de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni e ISA*<sup>3</sup>, C-165/98, Rec. p. I-2189, apartados 28 y 29, y de 24 de enero de 2002, *Portugaia Construções*, C-164/99, Rec. p. I-787, apartado 21). La aplicación de tales normas debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persiguen, que consiste en la protección de los trabajadores desplazados, y no debe ir más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo (véanse en este sentido, en particular, las sentencias antes citadas *Arblade y otros*, apartado 35, y *Mazzoleni e ISA*, apartado 26, y la Sentencia de 12 de octubre de 2004, *Wolff & Müller*, C-60/03<sup>4</sup>, apartado 34). Esta jurisprudencia se halla consagrada en el art. 3.1.c) de la Directiva 96/71, según el cual los Estados miembros velarán por que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo establecidas en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo por lo que respecta, en particular, a las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias. En el presente caso, consta que Alemania ha hecho uso de la facultad, prevista en la Directiva 96/71, de aprobar disposiciones que regulen la cuantía del salario mínimo en el territorio nacional.

La existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como éste se presentaba al finalizar el plazo señalado en el dictamen motivado (Sentencias de 16 de enero de 2003, *Comisión/Reino Unido*, C-63/02, Rec. p. I-821, apartado 11, y de 16 de diciembre de 2004, *Comisión/Italia*, apartado 9). Los cambios producidos posteriormente no pueden ser tenidos en cuenta por el Tribunal de Justicia (Sentencia de 18 de noviembre de 2004, *Comisión/Irlanda*, C-482/03, apartado 11).

En tales circunstancias, debe observarse que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 3 de la Directiva 96/71, al no haber reconocido, con excepción de la prima general concedida a los trabajadores del sector de la construcción, como conceptos que forman parte del salario mínimo los

(3) Sentencia comentada en el núm. 12 de esta revista (julio de 2001), págs. 63 a 65.

(4) Sentencia comentada en el núm. 26 de esta revista (enero de 2005); págs. 74 y 75.

incrementos y los complementos que no modifican la relación entre la prestación del trabajador y la contrapartida que percibe, y que han sido abonados por los empresarios establecidos en otros Estados miembros a sus trabajadores del sector de la construcción desplazados a Alemania.

### b) Libertad de establecimiento

De nuevo formulamos las equivalencias entre los artículos del actual Tratado y los del texto de la futura Constitución Europea:

Tratado de la Comunidad Europea (TCE)	Texto de la Constitución Europea (CEU)
Art. 43 TCE (ex art. 52)	Art. III-22 CEU
Art. 44 TCE (ex art. 54)	Art. III-23 CEU
Art. 45 TCE (ex art. 55)	Art. III-24 CEU
Art. 46 TCE (ex art. 56)	Art. III-25 CEU
Art. 47 TCE (ex art. 57)	Art. III-26 CEU
Art. 48 TCE (ex art. 58)	Art. III-27 CEU
Novedad del PCE	Art. III-28 CEU

En el período analizado (febrero a mayo de 2005), se ha producido únicamente una sentencia sobre la materia, **STJCE (Sala Segunda) de 21 de abril de 2005, Comisión contra Grecia, As. C-140/03**, en el que se plantea un tema novedoso, aunque relacionado con las profesiones médicas que tantos pronunciamientos han generado, como es el de las condiciones para la apertura de ópticas.

En el supuesto de hecho analizado, la Comisión lleva a Grecia ante el tribunal por considerar que Grecia había restringido las condiciones de establecimiento de los ópticos personas físicas, infringiendo el art. 43 TCE, al adoptar y mantener en vigor la Ley núm. 971/1979, relativa al ejercicio de la profesión de óptico y a los comercios de artículos de óptica, que no permite a un óptico diplomado, persona física, explotar más de una óptica. Además, la legislación griega exigía el cumplimiento de los siguientes requisitos para la apertura de una óptica en Grecia:

1º) Que la autorización para abrir y explotar la óptica se expida a nombre de un óptico titulado, persona física, el titular de la autorización para explotar la óptica participe al menos en un 50 % en el capital de la sociedad y en sus beneficios y pérdidas, la sociedad sea colectiva o comanditaria, y

2º) dicho óptico participe, como máximo, en otra sociedad propietaria de una óptica, a condición de que la autorización para abrir y explotar ésta se expida a nombre de otro óptico titulado.

## I. Derecho Comunitario

Según el Tribunal, aplicando una jurisprudencia reiterada, la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado y los cambios ocurridos posteriormente no pueden tomarse en cuenta (Sentencias de 30 de enero de 2002, Comisión/Grecia, C-103/00, Rec. p. I-1147, apartado 23, y de 12 de junio de 2003, Comisión/Luxemburgo, C-97/01, Rec. p. I-5797, apartado 30).

Según jurisprudencia reiterada, el art. 43 TCE se opone a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales comunitarios, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado (véanse, en especial, las Sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32, y de 14 de octubre de 2004, Comisión/Países Bajos, C-299/02<sup>5</sup>, Rec. p. I-0000, apartado 15).

La prohibición de que un óptico diplomado explote más de una óptica constituye efectivamente una restricción a la libertad de establecimiento de las personas físicas en el sentido del art. 43 TCE, a pesar de la alegada falta de discriminación por razón de la nacionalidad de los profesionales de que se trate. En cuanto a las personas jurídicas, procede observar asimismo que, como por otra parte reconoce la República Helénica, los requisitos enunciados en la Ley griega núm. 2646/1998 restringen su libertad de establecimiento, para cuyo ejercicio quedan equiparadas a las personas físicas en virtud del art. 48 TCE.

Una medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales comunitarios, de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado puede estar justificada por razones imperiosas de interés general, siempre que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo (véase, en particular, la sentencia Kraus, antes citada, apartado 32). En el caso enjuiciado, basta señalar que el objetivo de protección de la salud pública invocado por Grecia podría alcanzarse con medidas menos restrictivas de la libertad de establecimiento tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas, por ejemplo, exigiendo la presencia de ópticos diplomados asalariados o socios en cada óptica, y por medio de normas en materia de responsabilidad civil por hechos ajenos, así como de normas que impongan un seguro de responsabilidad profesional.

Antes de ser condenada por el TJCE, Grecia procedió a modificar su legislación, a través la Ley núm. 3204/2003, sin embargo esta Ley no fue tomada en consideración por el Tribunal.

(5) Sentencia comentada en el núm. 26 de esta revista (enero de 2005), págs. 76 y 77.

## C) Libre circulación de trabajadores

### a) Ámbito de aplicación

La STJCE de 17 de marzo 2005, *Kranemann*, As. C-109/04, analiza si los funcionarios temporales que efectúan un período de prácticas jurídicas preparatorias están comprendidos dentro del concepto de trabajador en el sentido del art. 39 CE. Para resolver esta cuestión, el Tribunal de Justicia recuerda su reiterada jurisprudencia según la cual el concepto de “trabajador” posee un alcance comunitario y no debe interpretarse de manera restrictiva. Así, debe considerarse “trabajador” cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. Según esta jurisprudencia, la característica de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales recibe una retribución.

Pues bien, en relación con el caso concreto sometido a examen, el TJCE considera que los funcionarios en período de prácticas jurídicas preparatorias están incluidos en el ámbito de aplicación del art. 39 CE. En este sentido, se argumenta, en primer lugar, que dichos funcionarios aplican, en el marco de sus prácticas, los conocimientos adquiridos durante sus estudios y contribuyen de este modo, bajo la dirección de su director de prácticas, a las actividades efectuadas por este último, percibiendo, durante su período de prácticas, una retribución consistente en una asignación de subsistencia (apartado 15). Por otro lado, no puede excluirse la aplicación de dicho artículo sobre la base de la excepción prevista en el apartado 4 de esta disposición en relación con los “empleos en la administración pública”. Así, argumenta el Tribunal que, en la medida en que, como en el presente caso, producido en el ámbito del Derecho alemán, el funcionario en prácticas efectúa una parte de su período de prácticas fuera del sector público, basta recordar que el concepto de “empleos en la administración pública” no abarca los empleos al servicio de un particular o de una persona jurídica privada, cualesquiera que sean las funciones del empleado.

### b) Contenido jurídico

#### a') Derechos de entrada y residencia

Mediante la STJCE de 14 de abril de 2005, *Comisión c. España*, As. C-157/03, el Tribunal de Justicia ha declarado que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de Derecho comunitario, en primer lugar, al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las Directivas 68/360, 73/148 y 90/365 –en particular, al imponer a los nacionales de un país tercero, que sean miembros de la familia de un nacional comunitario que ha ejercido su derecho de libre circulación, la obligación de obtener un visado de residencia para la expedición del permiso de residencia– y, en segundo lugar, al no conceder el permiso de residencia en el más breve plazo, y a más

## I. Derecho Comunitario

tardar, dentro de los seis meses siguientes a la presentación de la solicitud de dicho permiso, en contra de lo dispuesto en la Directiva 64/221.

En efecto, en relación con el primer pronunciamiento, el art. 10, apartado 3, del Real Decreto 766/1992 sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas en su versión modificada por los Reales Decretos 737/1995 y 1710/1997, exige a los familiares que no posean la nacionalidad de un Estado miembro de las Comunidades, el visado de residencia en el pasaporte con carácter general. Y ello vulnera el Derecho comunitario porque, por un lado “se obliga a dichos familiares a cumplimentar las formalidades relativas a la residencia antes de su entrada en territorio español, denegándoseles en caso contrario la expedición del permiso de residencia” (apartado 36) y, por otro “el tipo de visado que exige la normativa española no figura entre los requisitos que establecen las Directivas 68/360, 73/148 y 90/365 para la expedición del permiso de residencia a los miembros de las familias de nacionales comunitarios (véase, en este sentido, la sentencia MRAX (...))” (apartado 37).

Por otro lado, la Comisión también había alegado que, de conformidad con el sistema general del régimen comunitario sobre expedición de permisos de residencia y, en particular, visto el art. 5 de la Directiva 64/221, el Estado miembro debe adoptar una decisión relativa al permiso de estancia en el más breve plazo y, a más tardar, dentro de los seis meses siguientes a la presentación de la solicitud. Y así, aunque admite la conformidad de la normativa española con la Directiva 64/221 en cuanto a los plazos previstos para la expedición de tarjetas de residencia, la Comisión reprocha al Reino de España el incumplimiento del plazo establecido en el art. 5 de dicha Directiva en el caso particular de la Sra. Rotte Ventura, que recibió su permiso de residencia tras un procedimiento de diez meses de duración. Por su parte, las autoridades españolas pusieron de manifiesto que no se puede imputar con carácter general al Reino de España un incumplimiento de la normativa comunitaria por un caso aislado, menos aun si se tiene en cuenta que la interesada podía permanecer en el territorio de este Estado miembro mientras esperaba a que se le expediese el permiso de residencia.

Como ya hemos adelantado, en relación con este aspecto, el Tribunal de Justicia declara igualmente el incumplimiento de España. Ello es así porque:

“(…) resulta acreditado que la Sra. Rotte Ventura, nacional de un país tercero y esposa de un nacional comunitario que ejerció su derecho de libre circulación, obtuvo su permiso de residencia tras diez meses de trámites, lo que es contrario a las obligaciones impuestas por dicha Directiva.

Carece de importancia, a estos efectos, que la solicitante del permiso de residencia pudiera permanecer provisionalmente en el territorio nacional mientras esperaba la decisión relativa a la concesión o denegación del mismo. En efecto, como ha señalado la Abogado General en el punto 63 de sus conclusiones, es irrelevante que la inobservancia del plazo constituya o no un obstáculo para establecerse o para ejercer una actividad (apartados 46 y 47)”.

**b') Igualdad de trato**

En relación con este contenido de la libertad de circulación de trabajadores se han producido dos sentencias durante el período que abarca esta crónica.

Así, en primer lugar, la ya citada **STJCE de 17 de marzo 2005, Kranemann, As. C-109/04**, ha declarado que el art. 39 CE se opone a una disposición nacional que, en el supuesto de una persona que ha efectuado, en el marco de unas prácticas preparatorias, una actividad real y efectiva en un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen, solamente concede el reembolso de los gastos de viaje en la cuantía correspondiente a la parte del trayecto realizada en el territorio nacional, cuando prevé que, de haberse efectuado tal actividad en dicho territorio, se habría reembolsado la totalidad de los gastos de viaje. Ello es así porque una normativa de este tipo crea un obstáculo financiero que puede disuadir a los funcionarios en prácticas preparatorias, en especial a aquellos cuyos recursos económicos son limitados, de intentar obtener un puesto en prácticas en otro Estado miembro (apartado 29).

Por otro lado, el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial que da origen a esta sentencia había preguntado si un obstáculo de este tipo puede estar justificado por consideraciones de orden presupuestario. No obstante, como declara el propio Tribunal, se desprende de una reiterada jurisprudencia que los motivos de carácter meramente económico no pueden constituir razones imperiosas de interés general capaces de justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado.

Por su parte, la **STJCE de 12 de mayo de 2005, Comisión c. Italia, As. C-278/03**, ha declarado que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los arts. 39 CE y 3, apartado 1, del Reglamento (CEE) 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, al no tener en cuenta o, al menos, al no tener en cuenta de manera idéntica, a efectos de la participación de los nacionales comunitarios en los procedimientos de selección de personal docente para la escuela pública italiana, la experiencia profesional adquirida por estos nacionales en actividades docentes según que tales actividades se hayan ejercido en el territorio nacional o en otros Estados miembros.

En procedimiento de incumplimiento que da origen a esta sentencia surge ante las dificultades con las que se habían enfrentado varios nacionales comunitarios en relación con su participación en los procedimientos de selección del personal docente para la escuela pública italiana, dificultades que resultaban, esencialmente, de que las autoridades italianas no tenían en cuenta la experiencia profesional adquirida con anterioridad por esos nacionales en otros Estados miembros.

Pues bien, para resolver esta cuestión, el Tribunal de Justicia recuerda que cuando un organismo público de un Estado miembro, con ocasión de la contratación de personal para cubrir puestos que no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del artículo

## I. Derecho Comunitario

39 CE, apartado 4, se propone tomar en consideración las actividades profesionales anteriores ejercidas por los candidatos en una administración pública, dicho organismo no puede efectuar distinciones, respecto a los nacionales comunitarios, en función de que tales actividades hayan sido ejercidas en la administración pública de ese mismo Estado miembro o en la de otro Estado. Por otro lado, y frente a las alegaciones del gobierno italiano, declara que no puede justificarse una postura totalmente opuesta a la consideración de la experiencia adquirida merced a actividades docentes ejercidas en otros Estados miembros con el argumento de que existen diferencias entre los programas de enseñanza de dichos Estados. En este sentido, el Tribunal de Justicia considera innegable que la experiencia relativa a una enseñanza específica, como la exigida por la normativa italiana, en particular, en el sector de la enseñanza artística o en la enseñanza impartida a las personas discapacitadas, puede también adquirirse en otros Estados miembros.

### D) Libre circulación de capitales

Durante el período examinado no se ha producido ninguna sentencia en relación con esta libertad comunitaria.

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 inconstitucionalidad.

a) Los diputados legitimados para interponer recurso de inconstitucionalidad [art. 32.1.c) LOTC] deben manifestar la concurrencia de voluntades dentro del plazo exigido para interponer el recurso (art. 33.1 LOTC). B) Recurso de amparo.

a) La delimitación del objeto de amparo ex art. 41.1 LOTC por el demandante debe conllevar una mínima y razonable fundamentación fáctica y jurídica. b) No es objeto de amparo, ex art. 41.1 LOTC, per se la lesión de los tratados internacionales que obligan a España. c) El laudo arbitral no es un acto del poder público susceptible de ser recurrido en amparo (art. 41.2 LOTC). d) Cumplimiento del plazo y extemporaneidad. La interposición de recursos invariables no altera el plazo a contar desde la notificación de la resolución judicial (arts. 43.2 y 44.2 LOTC). e) Apurar los remedios procesales, tal y como exige la LOTC [art. 44.1. a)] no implica la utilización de recursos inexistentes en el procedimiento laboral. f) La invocación formal del derecho vulnerado no es necesario hacerla de forma concreta y numérica [art. 44.1.c) LOTC]. g) La extinción sobrevenida del objeto, aunque no prevista en el art. 86.1 LOTC, hace finalizar el proceso de amparo.

C) Conflictos competenciales. a) La controversia constitucional no puede quedar automáticamente enervada por la simple modificación de las disposiciones cuya adopción dio origen al conflicto. D) Cuestión de inconstitucionalidad. a) Acerca de la necesidad

de reconocer el trámite de audiencia en la cuestión cuando la ley tenga carácter singular, atendiendo a la jurisprudencia del TEDH (art. 37.2 LOTC). **3. Conflictos competenciales.**

A) Autonomía universitaria: alcance del informe del Consejo de Universidades respecto a la creación de una nueva Universidad. B) Ejecución de Derecho Comunitario en materia de medio ambiente. Inconstitucionalidad por ausencia de carácter materialmente básico de la normativa estatal de desarrollo. Voto particular. C) Régimen económico y fiscal de Canarias: ausencia de informe previo del Parlamento Canario. D) Medio Ambiente y Parques Nacionales: afirmación de competencias de gestión autonómicas

incluso en Parques de ámbito supraautonómico. Definición y aplicación estricta de los conceptos de legislación básica, competencias de coordinación y principio de cooperación.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el período objeto de la crónica, de enero a marzo de 2005, dominado por la ausencia de decisiones relevantes desde el punto de vista procesal, queremos destacar, porque el Tribunal Constitucional abre la puerta a establecer un trámite de audiencia a los interesados en la cuestión de inconstitucionalidad frente a leyes singulares pese a no estar regulado en la LOTC, la STC 48/2005, de 3 de marzo.

## 2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

### A) Recurso de inconstitucionalidad

**a) Los diputados legitimados para interponer recurso de inconstitucionalidad [artículo 32.1.c) LOTC] deben manifestar la concurrencia de voluntades dentro del plazo exigido para interponer el recurso (artículo 33.1 LOTC)**

En la STC 47/2005, de 3 de marzo, Pleno, se desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 119 Diputados Socialistas contra la Ley Valenciana de constitución de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Como óbice procesal se plantea la falta de concurrencia de la voluntad expresa, mediante acuerdo previo, de los Diputados, sustituida su decisión por un apoderamiento genérico a una Diputada. El TC, en su FJ 3º salva el óbice procesal en beneficio del principio *pro actione*, ante la imposibilidad de subsanación, pues los Diputados han concluido su mandato y por el indicio de buena fe que aporta la existencia de un apoderamiento general previo a la interposición del recurso. Sin embargo, en este fundamento jurídico, el TC recuerda que el acuerdo previo de los parlamentarios ha de realizarse dentro del plazo de tres meses establecido en la LOTC para interponer el recurso, recordando lo expuesto en el ATC 459/2004, de 16 de noviembre, en el sentido de que se hace necesario en dicho plazo, y no con posterioridad como aquí ocurre, que se manifieste dicho acuerdo como expresión de una agrupación ocasional que surge sólo de la concurrencia de voluntades en la decisión impugnatoria y que sólo tiene existencia jurídica como parte en el proceso que con esa impugnación se inicia. De entre los **Votos Particulares**, el del Magistrado Gay Montalvo considera la subsanación de la tacha procesal extemporánea, por lo que no hay acreditación de la concurrencia de voluntades esencial para reconocer la legitimación de los Diputados, criticando la “manga ancha” de la mayoría del TC en relación al rigorismo exigible a los demandantes en amparo. De

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

igual manera, el Magistrado Pérez Tremps, considera que el TC abona una interpretación del principio *pro actione* muy laxa y que la buena fe no puede suplir la falta de formalización dentro del plazo legal, requisito especialmente exigible de quienes ostentan la condición de parlamentarios, que les coloca en una singular posición en el proceso constitucional que comporta una especial exigencia de diligencia.

### B) Recurso de amparo

#### a) La delimitación del objeto de amparo ex artículo 41.1 LOTC por el demandante debe conllevar una mínima y razonable fundamentación fáctica y jurídica

En la STC 8/2005, de 17 de enero, Sala Segunda, se otorga parcialmente amparo contra un Auto de una Audiencia Provincial que, revoca otro sobre custodia de un hijo menor. Se inadmite la vulneración del principio de igualdad por el sesgo feminista de la resolución recurrida. El TC (al igual que ocurre en la pretensión de pedir amparo por vulneración del art. 9.3, sin entrar ahora en la falta de locación de este artículo en los susceptibles de ser recurridos en amparo) considera en su FJ 2º que no hay argumentaciones serias ni razonamientos acabados, pues a todo demandante le corresponde la carga, al abrir la vía de amparo, de proporcionar la fundamentación fáctica y jurídica que, razonablemente, es de esperar, y que se integra en el deber de colaborar con la justicia del TC, constituyendo núcleos autónomos de razonamiento y no simples disgresiones respecto de la cuestión principal planteada en la demanda (en este caso tutela judicial).

#### b) No es objeto de amparo, ex artículo 41.1 LOTC, per se la lesión de los tratados internacionales que obligan a España

En la STC 68/2005, de 31 de marzo, Sala Segunda (“caso lista blanca AG” a las elecciones al Parlamento Vasco de 2005), en su FJ 2º, el TC advierte, en relación a la delimitación del objeto del amparo, que, “aun cuando en la demanda se invocan como lesionados diversos preceptos del Convenio europeo para la protección de los derechos y libertades, no le corresponde a este Tribunal, al conocer del recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia, *per se*, de textos internacionales que obliguen a España, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo constitucional (arts. 53.2 CE y 49.1 LOTC), sin perjuicio de que, por mandato del art. 10.2 CE, deban tales preceptos ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España”.

#### c) El laudo arbitral no es un acto del poder público susceptible de ser recurrido en amparo (artículo 41.2 LOTC)

En la STC 9/2005, de 17 de enero, Sala Primera, se deniega amparo contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid en recurso de anulación de un laudo arbitral. El TC, en sus FJ 2º, desestima que se pueda plantear amparo, además de contra la Sentencia, contra el laudo por vulneración del art. 24, ya que “el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo

de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (...) por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo (...) y que con respecto al arbitraje sólo proyecta sus garantías con el carácter de derechos fundamentales a aquellas fases del procedimiento arbitral y a aquellas actuaciones para las cuales la ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje, el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo”.

**d) Cumplimiento del plazo y extemporaneidad. La interposición de recursos invariables no altera el plazo a contar desde la notificación de la resolución judicial (artículos 43.2 y 44.2 LOTC)**

En la **STC 56/2005, de 14 de marzo**, Sala Primera, se inadmite demanda de amparo contra diversos Autos de Juzgados de lo Penal. El TC, en su FJ 2º, manifiesta y reitera su doctrina, de que, ante la interposición de un recurso manifiestamente improcedente no se altera la caducidad, improrrogable y de imposible suspensión, del plazo para interponer amparo, siempre que sea clara, indubitada e inequívoca su improcedencia y no requiera criterios interpretativos; “no susceptible de ser ampliado artificialmente por arbitrio de las partes, mediante el ejercicio abusivo e indebido de todos los remedios procesales imaginables en la vía judicial previa, los cuales sólo deben utilizarse cuando resulten razonablemente exigibles por ser los procedentes con arreglo a las normas procesales, debiendo estimarse excluidos aquellos otros no previstos en la Ley o manifiestamente improcedentes en el curso del proceso de que se trate”.

Por otro lado, en la **STC 23/2005, de 14 de febrero**, Sala Primera, se estima amparo contra Sentencia y Auto de Audiencia Provincial en un pleito sobre indemnización por accidente de tráfico. Se plantea en la misma reproche procesal por la interposición indebida de un segundo incidente de nulidad de actuaciones acusando a la Sentencia de vicio de incongruencia, cuando no es así. El TC, en su FJ 3º, recuerda, en relación a la extemporaneidad que surge por la caducidad del cómputo de veinte días desde la notificación, que “los recursos aun cuando sean improcedentes suspenden el plazo de veinte días –ex art. 44.2 LOTC– para recurrir en amparo cuando de las circunstancias se colija que el recurrente obra en la creencia de que hace lo correcto y, por consiguiente sin ánimo dilatorio, como puede suceder si es la propia resolución judicial recurrida la que induzca, mediante su expresa mención, a la interposición del recurso”. Así ocurre en este caso, pues la Sentencia dispone la posibilidad de instar si a su derecho le conviene la nulidad de actuaciones y, cuando rechaza el primer incidente no lo hace porque la Sentencia no fuera susceptible de anularse por este cauce procesal, sino por entender que no se daba ninguno de los supuestos previstos para ello en la LOPJ. Sin embargo, el recurrente podía, y era razonable, que hubiera entendido que si se produce incongruencia en la resolución de este incidente, pueda plantearse “ex novo” otro (que ciertamente, al cotejo de la LOPE, no es susceptible de recurso alguno) pues esta nueva resolución es

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

consecuencia de una realidad procesal distinta, por lo que el TC desestima la alegación de extemporaneidad.

### **e) Apurar los remedios procesales, tal y como exige la LOTC [artículo 44.1. a)] no implica la utilización de recursos inexistentes en el procedimiento laboral**

En la **STC 60/2005, de 14 de marzo**, Sala Segunda, se otorga amparo contra Sentencia del Juzgado de lo Social que dirime conflicto electoral entre dos sindicatos. Se plantea por una de las dos centrales, óbice procesal a los recurrentes por falta de agotamiento de recursos, pues no interpusieron recurso de queja, de conformidad con la LEC, contra la decisión de inadmisión de recurso de suplicación contra la Sentencia del Juzgado de lo Social. El TC, en su FJ 2º, inadmite este reproche procesal al considerar que, al cotejo de la Ley de Procedimiento Laboral, este recurso deviene inexistente, por lo que la exigencia de que se apuren las posibilidades de los remedios procesales que se ofrecen en la vía judicial para la reparación del derecho fundamental lesionado, no concurre en este caso. En consecuencia, ante la inexistencia de un recurso en la vía judicial no cabe apreciar infracción del principio de subsidiariedad.

### **f) La invocación formal del derecho vulnerado no es necesario hacerla de forma concreta y numérica [artículo 44.1.c) LOTC]**

En la **STC 25/2005, de 14 de febrero**, Sala Primera, se estima parcialmente amparo contra Sentencia de una Audiencia Provincial que condena por un delito de homicidio imprudente (menor que atropella con un ciclomotor estando ebrio). El TC, reconociendo la legitimación de los padres por fallecimiento sobrevenido del condenado, se plantea el óbice procesal referido a la falta de invocación del derecho a la intimidad personal (extracción de sangre para determinar grado de alcoholemia sin consentimiento del interesado). El TC, en su FJ 4º, reitera su doctrina acerca de la falta de invocación formal del derecho ante la jurisdicción ordinaria, ya que “el cumplimiento de este requisito no exige que en el proceso judicial se haga una mención concreta y numérica del precepto constitucional (...) siendo suficiente que se someta el hecho fundamentador de la vulneración al análisis de los órganos judiciales, dándoles la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, reparar la lesión del derecho fundamental que posteriormente se alega en el recurso de amparo”. En este caso, el fallecido demandante no planteó en ningún momento de la causa, ni en el trámite de calificación, ni en el plenario, ni en el recurso de apelación, la vulneración de la intimidad, pero, en este recurso, sí se limitó a consignar que la extracción de sangre debería haber contado con su consentimiento y a manifestar que, si éste no estaba en condiciones de prestarla, se debió solicitar a sus padres, en cuanto era menor de edad o, en su caso, se debió requerir la preceptiva autorización judicial, por lo que el demandante estaba planteando realmente la vulneración del derecho a la intimidad y, en consecuencia, la jurisdicción ordinaria, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la pretendida vulneración, por lo que es rechazable el óbice procesal de falta de invocación formal.

**g) La extinción sobrevinida del objeto, aunque no prevista en el artículo 86.1 LOTC, hace finalizar el proceso de amparo**

En la STC 13/2005, de 31 de enero, Sala Segunda, se declara desaparición sobrevinida del objeto del recurso contra Sentencia y Providencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid sobre denegación de prórroga de licencia de obra. El TC entiende extinguido el objeto (vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva) pues en una nueva providencia, posterior a la interposición del amparo, el órgano judicial repara la eventual lesión del derecho fundamental invocado por el recurrente, por error patente en el cómputo de un plazo de la providencia recurrida. De este modo, la pretensión singular y efectiva del derecho ha sido satisfecha fuera del propio proceso de amparo, por lo que, al no existir otros derechos que exijan una respuesta en sede constitucional, el amparo carece de objeto sobre el que pronunciarse el TC (FJ 2º).

**C) Conflictos competenciales**

**a) La controversia constitucional no puede quedar automáticamente enervada por la simple modificación de las disposiciones cuya adopción dio origen al conflicto**

En la STC 33/2005, de 17 de febrero, Pleno, y que cuenta con un Voto particular del Magistrado Rodríguez Zapata, se estima parcialmente conflicto positivo de competencias interpuesto por la Generalidad de Cataluña frente al Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de infraestructuras para la calidad y seguridad industrial y Real Decreto 85/1996, de 26 de enero, por el que se establecen normas para la aplicación de un Reglamento CEE. El TC, en su FJ 2º, pondera, antes de entrar en el análisis del conflicto, los efectos que pueda tener sobre la controversia el hecho de que el Decreto de 1995 haya sido modificado en 1997 por otra norma de igual orden y que el Reglamento Comunitario de adhesión voluntaria a un sistema de auditoría medioambiental haya sido derogado y sustituido por otro de 2001. El TC, en su FJ 2º, recuerda su doctrina acerca de que la controversia constitucional no puede quedar automáticamente enervada por la simple modificación de las disposiciones cuya adopción dio origen al conflicto, cuando las partes demanden todavía una determinación jurisdiccional de sus competencias que constate si se verificó o no la extralimitación competencial denunciada, por lo que hay que estar sustancialmente a la persistencia o no de la controversia competencial, esto es, a si la disputa sobre la titularidad competencial sigue o no viva entre las partes. En este caso, además, las modificaciones realizadas en el Decreto en nada afectan a los términos planteados en el conflicto y, en relación a la normativa comunitaria, la reforma complementa su regulación en un intento de mejorar comportamientos medioambientales. De este modo, no se pone en cuestionamiento la controversia competencial, la cual radica en quien designa a las entidades de acreditación y verificación de esos comportamientos, por lo que la disputa está todavía viva, no pudiendo quedar automáticamente enervada.

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

### D) Cuestión de inconstitucionalidad

#### a) Acerca de la necesidad de reconocer el trámite de audiencia en la cuestión cuando la ley tenga carácter singular, atendiendo a la jurisprudencia del TEDH (artículo 37.2 LOTC)

En la **STC 48/2005, de 3 de marzo**, Pleno, se estima parcialmente una cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento Canario de expropiación forzosa de varios edificios de Santa Cruz de Tenerife para proceder a la ampliación de la sede del Parlamento. Se plantea, en el FJ 2º, la incidencia que pudiera tener la doctrina fijada por la STEDH Ruiz Mateos c. España, de 23 de junio de 1993, de exigencia de un trámite de audiencia para quien resultara destinatario de una ley singular. Como sigue sin alterarse el contenido del art. 37.2 LOTC, que no prevé el caso, el problema adquiere de nuevo dimensión procesal. En el presente asunto, la Ley enjuiciada responde al concepto de ley singular de manera que, atendida la jurisprudencia del TEDH, sus destinatarios podrían haber sido parte en el procedimiento; sin embargo, como no lo solicitaron los interesados, el TC no se ve obligado a flexibilizar el contenido del mencionado artículo para dar cauce al trámite de audiencia.

### 3. CONFLICTOS COMPETENCIALES

La jurisprudencia dictada en el período objeto de la presente crónica no contiene grandes novedades, si bien se aprecian algunos aspectos dignos de ser destacados. En particular, la **STC 194/2004, de 4 de noviembre** (que, por error, no fue objeto de la anterior crónica), resuelve con una gran claridad una cuestión competencial particularmente complicada. El buen y clarificador uso de los criterios técnicos de la distribución competencial desarrollados a lo largo de la jurisprudencia constitucional (concepto de bases, coordinación, cooperación, o supraterritorialidad) unido a una gran claridad en el desarrollo del iter argumentativo de esta decisión, la convierten en una sentencia que debe ser objeto de elogio. Igualmente, relevante es la decisión contenida en la **STC 33/2005, de 17 de febrero**, en la que se declara no básica parte de la regulación reglamentaria estatal dictada en desarrollo de normas comunitarias. Quizás lo poco frecuente de una decisión de este tipo explica el renacimiento de posiciones en el seno del Tribunal (a través de un Voto Particular suscrito por dos magistrados) que pretenden extender las competencias estatales más allá de la distribución interna de competencias para garantizar la correcta ejecución del Derecho Comunitario, cuestión esta que ya parecía definitivamente zanjada desde 1988. El resto de decisiones de las que esta crónica da cuenta se enmarcan en líneas jurisprudenciales ya plenamente consolidadas.

#### A) Autonomía universitaria: alcance del informe del Consejo de Universidades respecto a la creación de una nueva universidad

En la **STC 47/2005, de 3 de enero**, en la que se cuestiona la constitucionalidad de la creación de la universidad Miguel Hernández de Elche por la Generalidad Valenciana se aduce, si bien de forma accesoria, la infracción del orden constitucional de competencias a juicio

de los recurrentes porque el informe del Consejo de Universidades, preceptivo y no vinculante, previo a la creación de una nueva universidad (art.5.2 LORU) se realizó sobre la base de un proyecto de ley que fue sustancialmente modificado durante la tramitación parlamentaria. El TC, con buen criterio, recuerda que el informe del Consejo de Universidades ha de realizarse antes de la aprobación de la norma, por lo que no puede exigirse que el proyecto de ley (objeto del informe) sea idéntico al texto legal finalmente aprobado so pena de eliminar la capacidad decisoria propia del procedimiento legislativo.

**B) Ejecución de Derecho Comunitario en materia de medio ambiente. Inconstitucionalidad por ausencia de carácter materialmente básico de la normativa estatal de desarrollo. Voto particular**

En la **STC 33/2005, de 17 de febrero**, se resuelve un conflicto positivo de competencias planteado por la Generalidad de Cataluña contra diversos preceptos de dos Reales Decretos que aprueban normas reglamentarias ejecutivas de normas comunitarias que regulan diversos aspectos relativos a sistemas voluntarios de gestión y auditoría medioambientales.

La normativa impugnada, como se ha apuntado, tiene su origen en un Reglamento comunitario que establece un sistema de ecoauditoría basado en la regulación de unos verificadores medioambientales y la creación de entidades que han de acreditar su cumplimiento. La regulación de desarrollo realizada por el Estado es la que es cuestionada por la Comunidad Autónoma. Para esclarecer el conflicto el Tribunal se detiene pormenorizadamente en el estudio de la evolución y régimen vigente de la cuestión en el Derecho comunitario. A tal efecto recuerda su conocida doctrina relativa a la no integración de este derecho en el bloque de la constitucionalidad a los efectos de establecer la distribución constitucional de competencias. Sin embargo, también recuerda que en la **STC 13/1998** ya había declarado que en determinadas circunstancias el modo en que una institución ha sido configurada por el Derecho comunitario puede ser no sólo útil, sino incluso obligado para poder proyectar sobre tal institución el orden interno de competencias (especialmente cuando tal institución carece de previa regulación en el derecho interno).

Respecto al encuadramiento material se debate si es aplicable el título competencial “seguridad industrial” (como parece indicar el *nomen iuris* de los Reales Decretos impugnados) o el de “medio ambiente”. El Tribunal opta por el segundo de los títulos puesto que es la finalidad tuteladora del medio ambiente presente en el sistema de ecoauditoría creado lo que debe predominar a la hora de establecer la calificación material de las normas.

En ausencia de la puesta en cuestión por parte de la Comunidad Autónoma recurrente del rango formal de la norma, el Tribunal se limita a establecer si la normativa impugnada puede considerarse básica desde un punto de vista material. En tal sentido recuerda que en materia de medio ambiente la normativa básica ha de estar orientada a la ordenación de unos mínimos que no impidan niveles autonómicos de protección más amplios y que no se excluyen otros tipos de intervenciones estatales de carácter ejecutivo en situaciones excepcionales (tal y como se desarrolló la cuestión en la **STC 239/1993**).

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

Enjuiciando los preceptos en concreto, el Tribunal entiende que tiene carácter básico la ejecución de la obligación comunitaria de establecer un sistema de acreditación de verificadores medioambientales independientes y de supervisión de sus actividades. Pero ello no implica que pueda asumir funciones ejecutivas que corresponden a los entes autonómicos en materia de medio ambiente de modo que, por ejemplo, el poder central no puede pretender designar las entidades de acreditación puesto que dado que éstas han de cumplir ciertos requisitos que simplemente han de ser constatados por las autoridades supondría una invasión de las funciones ejecutivas autonómicas. Por otra parte, el efecto supraautonómico de las decisiones de tales entidades no constituye por sí mismo, según doctrina reiterada del Tribunal, justificación suficiente de nuevas competencias estatales.

El voto particular suscrito por dos magistrados suscita alguna cuestión de fondo importante. Los magistrados tratan de justificar la competencia estatal en el conflicto como consecuencia de la conexión del mismo con la ejecución del Derecho Comunitario. En tal sentido sostienen que la conexión entre el art. 93 CE (en concreto la función de garantía del cumplimiento del derecho derivado de las organizaciones internacionales) y el art. 149.1.3 CE (en lo referido a la necesaria centralización de la responsabilidad internacional del Estado); unido a la experiencia comparada (unas pretendidas dificultades insalvables de garantía del cumplimiento del derecho comunitario en países descentralizados políticamente cuando quien ejecuta las obligaciones iuscomunitarias son los entes autónomos) aconsejan la centralización de funciones ejecutivas en detrimento de la distribución interna de competencias. Con ello, parece reabrirse en el seno del Tribunal un debate que ya estaba cerrado (al menos en el terreno de los principios) respecto a la intangibilidad de la distribución competencial como consecuencia de la pertenencia a la Unión Europea.

Quizás el problema de fondo, y el motivo por el que más debe destacarse esta decisión, radique en que habitualmente en los supuestos de ejecución del Derecho comunitario cuestionados ante el Tribunal Constitucional se reconoce la existencia de competencias básicas estatales que han permitido a los poderes centrales completar la normativa comunitaria. Ello, dejaba muy poco margen de actuación a los entes autonómicos y simultáneamente aseguraba un cumplimiento adecuado de las obligaciones comunitarias. Sin embargo, y como se ha apuntado reiteradamente desde estas crónicas, esta actitud suponía una constante reducción de las competencias autonómicas pese a la constante alegación de que no existía ningún cambio en la distribución interna de competencias. En esta decisión, sin embargo y por primera vez con tanta claridad, se niega carácter materialmente básico a parte de la normativa aprobada por el poder central, que ya no puede, como hasta ahora, actuar como intermediario necesario entre Unión Europea y ejecución de Derecho comunitario. Y ello parece haber despertado la desconfianza de algunos magistrados, aunque, a nuestro juicio, sólo supone empezar a aplicar correctamente los principios constitucionales en la materia reconocidos jurisprudencialmente.

### C) Régimen económico y fiscal de Canarias: ausencia de informe previo del Parlamento Canario

En la STC 67/2005, de 15 de marzo, el Tribunal examina un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento de Canarias contra una ley estatal que modificaba el régimen especial económico y fiscal de las islas (en concreto se trataba de subvenciones al

transporte aéreo de ciudadanos residentes en Canarias) aprobada sin la emisión del informe previo preceptivo del parlamento de la Comunidad Autónoma. El Tribunal renuncia a entrar en el fondo del asunto (planteado en 1996) al entender que la controversia competencial ha decaído no sólo por la pérdida de vigencia de la norma impugnada (lo que por sí solo no elimina el objeto del conflicto), sino “en atención al reconocimiento *de facto* por el Estado de la procedencia del informe cuya falta de solicitud denunció el Parlamento canario” puesto que en la normativa posterior el poder central sí solicitó dicho informe provocando, así, una suerte de aceptación de las pretensiones del Parlamento de las islas.

#### **D) Medio Ambiente y Parques Nacionales: afirmación de competencias de gestión autonómicas incluso en Parques de ámbito supraautonómico. Definición y aplicación estricta de los conceptos de legislación básica, competencias de coordinación y principio de cooperación**

En la muy importante **STC 194/2004, de 10 de noviembre**, el Tribunal se enfrenta de nuevo al complejo problema del reparto de competencias en materia medioambiental. Se trata de una materia cuya legislación básica corresponde al Estado (*ex art.* 149.1.23 CE) y en la que las CCAA han asumido competencias de desarrollo y ejecución así como la competencia específica relativa a “espacios naturales protegidos”. En el supuesto objeto de enjuiciamiento se resuelven varios recursos de inconstitucionalidad acumulados frente a diversos preceptos de la *Ley 41/1997, de 5 de noviembre*, que modificaba la legislación anterior en la materia. En dicha legislación se asumían y desarrollaban una serie de principios básicos en materia de gestión medio ambiental en Parques Nacionales que el Tribunal declara inconstitucionales.

La regulación contenida en la ley que es objeto de impugnación se divide en cuatro grandes bloques temáticos: instrumentos de planificación de los Parques Nacionales (Plan director de la red de Parques Nacionales y Plan Rector de uso y gestión); sistema de organización y gestión de los parques nacionales intraautonómicos (que incluye el principio organizativo de *gestión conjunta* entre el Estado y las CCAA y lo desarrolla a través de cuatro órganos esenciales: el Consejo de la Red de Parques Nacionales; la comisión Mixta de Gestión; el Director Conservador del Parque y el Patronato); planificación física, orgánica y funcional de los parques nacionales de ámbito territorial supraautonómico (que aplica el mismo principio y organización que el anterior bloque temático, pero ampliando las potestades del poder central) y la financiación (basada en los Presupuestos Generales del Estado y en las aportaciones realizadas por las CCAA tras un acuerdo que debía alcanzarse antes de los 18 meses desde la entrada en vigor de la norma).

El Tribunal realiza un notable esfuerzo de clarificación de la cuestión (que es de agradecer por parte de estos cronistas) y procede a examinar las distintas cuestiones a partir del estudio del segundo de los bloques temáticos apuntados (sistema de organización y de gestión de los parques nacionales intraautonómicos). Para ello en los fundamentos jurídicos 7 a 9 examina las características que han de reunir las justificaciones competenciales alegadas por el poder central para regular la materia y asumir competencias de gestión en la misma. Justificaciones sistematizables en tres grandes grupos:

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

– Su posible consideración como *normas básicas*: lo que requeriría el carácter formal y materialmente básico de la cuestión y en particular dos aspectos recordados por el tribunal: que la extensión de la competencia estatal a cuestiones ejecutivas sólo puede ser de carácter puntual y concreto a través de medidas específicas y que, aun así, debe tener carácter excepcional (FJ 7º).

– Su posible calificación como ejercicio de la *competencia de coordinación*. Para lo cual recuerda (FJ 8º) los perfiles esenciales de esta competencia estatal: distinta de la potestad para aprobar normas básicas; presupone la competencia autonómica; no sólo debe requerirse la coordinación, también debe justificarse que la coordinación corresponde necesariamente a las instancias centrales; supone fijación de sistemas y medios de información mutua y garantía de la homogeneidad técnica y la acción conjunta de las autoridades autonómicas y centrales. De esta caracterización el Tribunal deduce tres elementos básicos: la coordinación guarda una estrecha conexión con las competencias normativas estatales; la coordinación implica un cierto poder de dirección, y la coordinación no supone sustracción o menoscabo de las competencias autonómicas, esto es, no otorga al titular de la función coordinadora competencias que no ostente (en particular, facultades de gestión complementarias).

– Su posible consideración como una manifestación del *principio de cooperación*. De nuevo el Tribunal recuerda su jurisprudencia sobre este principio. En especial su naturaleza voluntaria (a diferencia de la coordinación) y su incapacidad para justificar alteraciones competenciales de los entes que cooperan (FJ 9º).

A partir de tales principios el Tribunal procede a analizar por bloques temáticos las diversas cuestiones planteadas comenzando por el principio general inspirador de la regulación: el principio de gestión conjunta. Respecto a este principio el Tribunal considera que no es básico (no es ni una intervención puntual y no es necesaria para garantizar la ejecución autonómica de la normativa básica), no responde a facultades de coordinación (la atribución a un órgano de integración de las dos administraciones de competencias de gestión que corresponden a los entes territoriales supone desconocer y alterar gravemente la distribución de competencias en la materia), ni tampoco responde a una manifestación del principio de cooperación (pues le falta la nota básica de la voluntariedad).

De esta forma todos los desarrollos del principio de gestión conjunta son declarados inconstitucionales: la comisión Mixta de Gestión, el nombramiento estatal del Director Conservador a propuesta de la anterior comisión y las competencias no consultivas del Patronato. Sólo, debido a su carácter consultivo, se consideran constitucionales aquellos aspectos de la regulación del Patronato que se refieren a su carácter consultivo y, por el mismo motivo, la regulación del Consejo de Parques Nacionales.

El segundo de los bloques temáticos examinados (regulación de la planificación física, orgánica y funcional de los parques nacionales de ámbito territorial supraautonómico) es realizado a partir de la *ratio decidendi* expresada en los fundamentos jurídicos 7º a 9º, pero con el necesario complemento de una serie de consideraciones sobre el efecto de la supraterritorialidad en las afirmaciones entonces vertidas (FJ 16º). En tal sentido re-

cuerda que en su jurisprudencia anterior no ha considerado suficiente argumento para la centralización de competencias el criterio de la territorialidad del espacio físico sobre el cual se ejercen. Además de tal carácter supraterritorial debe concurrir la imposibilidad de fraccionamiento de la actividad pública de que se trate e, incluso en este caso, la imposibilidad de que dicha actuación no pueda llevarse a cabo a través de mecanismos de cooperación y coordinación (pues requiera tal homogeneidad que sólo pueda realizarse a través de su ejercicio por un único titular).

A partir de tales planteamientos procede a examinar la normativa controvertida declarando inconstitucional la regulación de la Comisión Mixta de Gestión de Parques Nacionales de ámbito supraautonómico y la designación estatal del Director Conservador de los Parques (en ambos casos porque el legislador debió articular mecanismos de cooperación y no asumir para sí competencias de gestión que no tiene atribuidas).

El tercero de los bloques temáticos examinados es el relativo a los instrumentos de planificación de los Parques Nacionales. Este examen se realiza, básicamente, a partir de la *ratio decidendi* establecida en los fundamentos 7º a 9º. Así, considera que la aprobación de un instrumento planificador como el Plan director de la red de Parques Nacionales tiene carácter básico por lo que no sólo es constitucional su regulación legal, sino también el hecho de que sea elaborado por el Organismo Autónomo estatal Parques Nacionales. Igualmente son conformes con la distribución de competencias (en cuanto instrumentos de cooperación entre administraciones) las funciones consultivas conferidas al Consejo de la Red de Parques Nacionales. Resulta, sin embargo, inconstitucional que la aprobación del Plan Rector de uso y gestión de Parques Nacionales supraautonómicos corresponda al poder central en cuanto supone la asunción de competencias de gestión que corresponden a las entidades autonómicas afectadas.

El último grupo de preceptos objeto de impugnación es el relativo a la financiación que se asigna a los Presupuestos Generales del Estado junto a las aportaciones acordadas por las CCAA. Tras recordar su jurisprudencia sobre subvenciones estatales, el Tribunal entiende que no es aquí aplicable ya que el objeto de la controversia no es una subvención, sino la financiación correspondiente a la gestión ordinaria y habitual de los parques nacionales. Por ello considera de aplicación la doctrina sentada en la STC 128/1999 y considera inconstitucionales los preceptos impugnados en la medida en que constituyen el *correlato financiero* del principio de gestión conjunta de los Parques Nacionales que ha sido, previamente, declarado inconstitucional (FJ 22º).

Finalmente, respecto a los efectos de la decisión, el Tribunal aplica el mismo principio que en la STC 195/1998 (marismas de Santoña) y difiere la nulidad de algunos preceptos hasta el momento en que las CCAA regulen algunas de las modalidades de gestión ahora declaradas inconstitucionales para evitar daños medio ambientales en los parques nacionales como consecuencia del vacío normativo producido (FJ 24º).

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

Un epílogo de esta decisión viene constituido por las SSTC 35/2005 y 36/2005, de 17 de febrero, en las que aplica esta doctrina a sendos recursos de inconstitucionalidad contra algunos preceptos de la Ley 15/2002, de 1 de julio, que modificaban diversos aspectos de la regulación en la materia y que respondían a los mismos principios que los ahora declarados inconstitucionales. En particular, se declara inconstitucional, por los mismos motivos expuestos en la sentencia recién comentada, algunos preceptos que reproducían la misma regulación y otros en los que se preveían facultades de control sustitutivas del Estado sobre las competencias autonómicas puesto que suponen una invasión competencial si no están previstos constitucionalmente.

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) Violaciones del derecho a la vida en el conflicto

checheno. C) Prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH). a) El estado de las cárceles incompatible con la dignidad humana en varios países. b) Medidas de aislamiento de peligrosos terroristas y duración de las mismas. c) Autolesiones durante la detención como consecuencia de sevicias. D) Garantías de la detención (art. 5 CEDH).

a) Tiempo máximo de la detención en procedimientos de expulsión. b) Detención durante 19 horas contraria al Convenio. E) Derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH).

a) Expulsión de un extranjero contraria al art. 6. b) Derecho a un proceso equitativo (art. 6.1 CEDH), defectos en los emplazamientos y juicios en ausencia. c) Derecho a un Tribunal imparcial (art. 6.1 CEDH): juez que previamente integró un tribunal en otro procedimiento conexo. d) Derecho a un Tribunal imparcial (art. 6.1 CEDH): jueces legos

nombrados por entidades con intereses en el litigio. e) Derechos del acusado [art. 6.3, letras a) y c), CEDH] y sus limitaciones: sobre las deficiencias de los Abogados de oficio, y el tiempo y las facilidades necesarias para preparar la defensa. F) Derecho a la vida privada y familiar y relaciones sexuales libres entre adultos (art. 8 CEDH). G) Libertad de expresión (art. 10 CEDH). Fijación de una indemnización excesiva. H) Derecho de asociación en partidos (art. 11 CEDH): control de los estatutos y programas de los partidos. I) Derecho de sufragio pasivo y a participar en elecciones libres (art. 3 P1), parlamentos regionales y un prolongado deber de residencia habitual. J) El concepto de víctima en el Convenio (art. 34 CEDH) es autónomo respecto de las nociones de derecho interno.

**3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Tutela judicial efectiva y garantías en los procesos (art. 24.1 y 2 CE). a) Acceso a la jurisdicción: extemporaneidad. b) Acceso a la jurisdicción y legitimación activa de los sindicatos. c) Derecho a utilizar los medios de prueba e indefensión. d) Garantía de indemnidad. e) Motivación: sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional mediante providencia

que remite al informe del Fiscal. f) Acceso a los recursos: admisión excepcional del presentado en la oficina de correos. B) Igualdad (art. 14 CE). a) Discriminación por razón de sexo y prestaciones de la Seguridad Social. b) Igualdad en la aplicación de la ley: la desigualdad proscrita por el art. 14 CE exige que el término de comparación del distinto trato lo sea respecto de otras personas y que hayan de motivarse los cambios de criterio jurisprudencial. c) Principio de igualdad tributaria: exención de impuestos de las cajas de ahorro. C) Derecho a la libertad (art. 17.1 CE). a) La medida cautelar de prisión provisional impuesta a maltratador que quebrantó una orden de alejamiento, cuando se impone sin motivación lesiona el derecho a la libertad. b) La inadmisión de un hábeas corpus anticipando el juicio de fondo lesiona el derecho a la libertad personal (art. 17.1 y 4 CE). D) Libertad de expresión (art. 20.1 CE). a) La libertad de expresión de un cargo público no ampara el uso de expresiones ofensivas, ni siquiera en el marco de un Pleno municipal. b) La libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa se ve limitada por el debido respeto a la autoridad del Poder Judicial. E) Libertad de información (art. 20.1 CE): La teoría del reportaje neutral no es aplicable a aquellos supuestos en los que el periodista no se limita a transmitir los hechos acaecidos e incluye juicios de valor. F) Acceso a cargos públicos (art. 23.1 CE): Aukera Guztiak: nuevo episodio en la sucesión de partidos políticos ilegalizados. G) No existe entre los concesionarios de estancos y el Estado una relación especial que relativice las exigencias derivadas del principio de legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE). H) Interpretación favor libertatis de los requisitos para la promoción de elecciones a delegado sindical en empresas de no más de 10 trabajadores (artículo 28.1 CE). I) La autonomía universitaria no comprende el derecho de las universidades a mantener intacta su estructura organizativa (art. 27.10 CE). J) Derecho de propiedad (art. 33 CE): expropiación legislativa: ley singular. **4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.** A) Derecho al honor (art. 18.1 CE). a) El ejercicio de la acción penal de protección del derecho al honor impide el ejercicio posterior de la acción civil. b) La práctica de un embargo frente a los hijos del embargado no puede considerarse una intromisión ilegítima en el derecho al honor. B) Libertad de expresión [art. 20.1.a) CE]. a) Libertad de expresión en el seno de las Fuerzas Armadas y sus límites: exhibición de pegatina de “no a la guerra” por militar. C) Acceso a cargos públicos (art. 23.1 CE). a) Impugnación de Acuerdo de proclamación

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

de candidatura de Aukera Guztiak. b) Medida cautelar sobre entrega de copia de censo electoral. D) Derecho a la tutela judicial efectiva y legitimación para recurrir (art. 24.1 CE). E) Extranjeros. a) Impugnación de Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. b) Asilo. c) Control de entrada de extranjeros del Aeropuerto de Barajas: art. 5 del Convenio de Schengen.

#### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica se analiza la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos correspondiente al período que abarca desde el 1 de enero al 31 de marzo de 2005, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del primer trimestre de 2005, desde la STC 1/2005, de 17 de enero a la STC 68/2005, de 31 de marzo y, finalmente, la del Tribunal Supremo, Salas Primera, Tercera y Quinta, entre enero y marzo de 2005, incluyendo, asimismo, algunas Sentencias de diciembre de 2004 que han sido publicadas ya en el primer trimestre de este año.

#### 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

##### A) Introducción

Con carácter previo a la crónica debemos dar noticia del **Memorándum aprobado en la Tercera Conferencia del Consejo de Europa sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. En él se augura larga vida al sistema del Convenio Europeo y se subraya el papel central del Tribunal, definiendo el proceso seguido como una historia de éxito y expansión. Una afirmación que se matiza pues se admite que su efectividad está seriamente atacada por el incremento de los asuntos: desde 1999 (el primer año de funcionamiento del nuevo sistema procesal) a 2004, el presupuesto de la Corte creció en un 54 por 100 y su productividad en un 470 por 100, datos que sin embargo no bastan para asumir el constante incremento del número de casos. Por ello se propone que las reformas procesales que incorpora el Protocolo 14 se ratifiquen cuanto antes por los Estados miembros. Los pronósticos anuncian que en el año 2007 las necesidades de la Corte requerirán una plantilla con el doble número de miembros. Y todo ello demanda una estrategia a largo plazo y una seria discusión del sistema que podría hacerse pidiendo a un grupo de expertos independientes y de jueces nacionales e internacionales que consideren los escenarios de futuro posibles. En definitiva, podríamos definir el contenido de este “memorando” señalando que el éxito del Convenio hace que la Corte comience a estar desbordada y obliga a su replanteamiento.

Además, la Conferencia afrontó el acceso de la Unión Europea al Convenio, valorándola como un hecho de la mayor importancia. Se afirma que la ratificación por los Estados

del nuevo tratado constitucional para Europa, que incluye una Carta de derechos, posee resultados aún inciertos que obligan a ser prudentes. De suerte que deben iniciarse las negociaciones entre las partes, pero el proceso sólo debe concluir cuando dicho tratado constitucional entre en vigor y se apruebe un protocolo que enmiende el Convenio, intentando minimizar el tiempo existente entre una y otra cosa.

Entrando ya en el análisis de la Jurisprudencia correspondiente al primer trimestre de 2005, hay que señalar que, como viene siendo habitual, de los aproximadamente 200 casos resueltos, un importante número de ellos –67– son condenas por dilaciones indebidas. Entre ellos destaca el alto número de condenas de Grecia –29– el caso *Winner contra Alemania*, de 24 de febrero, única condena a ese país pero en el que las dilaciones se producen en el Tribunal Constitucional, y, por último la ausencia de condenas a España por este motivo.

Por otra parte se han producido en el período analizado varias condenas a Turquía por violación del derecho a la vida, tratos inhumanos y degradantes, ..., con ocasión del conflicto Kurdo. Entre ellas, por ejemplo, *Akkun y otros contra Turquía* de 24 de marzo de 2005, *AY contra Turquía* de 22 de marzo de 2005 y *Ceyhan y otros contra Turquía* de 13 de enero de 2005, y, en el mismo contexto de vulneración del art. 10 *Gümus y otros contra Turquía* de 15 de marzo de 2005, *Agin contra Turquía* de 29 de marzo de 2005, y, sobre todo, el *Caso Halis contra Turquía* de 11 de enero de 2005.

A los que conviene añadir la condena por no investigación del asesinato de un periodista en la parte turca de Chipre en la que interviene también la República de Chipre como parte en el proceso *Adali contra Turquía* de 31 de marzo de 2005.

De las restantes, se han considerado más interesantes las siguientes:

### **B) Violaciones del derecho a la vida en el conflicto checheno**

Se trata de tres sentencias, todas ellas de 24 de febrero de 2005, en las que se considera que las autoridades rusas han vulnerado, entre otros, el derecho a la vida en el conflicto checheno. Son los casos *Isayeva*; *Isayeva, Yusupova y Bazayeva*; y *Khashiyev y Akayeva*.

En todos ellos se producen víctimas civiles con ocasión de la actuación de las tropas rusas, y el primer problema jurídico que debe afrontar el tribunal es la alegación del Gobierno ruso de que no se habían agotado los recursos internos. Sin embargo, la Corte obvia la aplicación de esa cláusula de inadmisibilidad razonando que es preciso entrar en el fondo porque la cuestión de la existencia o no de recursos internos está íntimamente ligada al fondo de la situación.

A partir de ello analiza los asuntos desde el punto de vista del art. 2, admitiendo que la situación que existía en Chechenia requería medidas excepcionales para mantener el control de la república ante la insurgencia armada, y que en ese contexto el uso de la

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

fuerza puede estar justificado. Sin embargo también en esas circunstancias considera que el Estado debe adoptar medidas para salvaguardar la vida de los civiles no combatientes, y que al no hacerlo, ha vulnerado el art. 2 del Convenio.

Se trata sin duda de casos de extraordinario interés en cuanto significa la vigencia y aplicación del CEDH a situaciones materiales de guerra abierta, lo que sin embargo abre un debate, que en forma alguna puede ser abordado en esta “Crónica” sobre si el CEDH es el instrumento internacional más adecuado para el enjuiciamiento de las indiscutibles violaciones de derechos humanos que suceden en esas situaciones.

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

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

En el **Caso Kehayov contra Bulgaria de 18 de enero de 2005**, se considera vulneración del art. 3 CEDH mantener en prisión a una persona sin tratamiento psiquiátrico, a pesar de necesitarlo y en un celda de 10,5 metros cuadrados, ocupada por 4 detenidos, sin ventanas, mal iluminada, y sin poder acceder a actividades exteriores salvo dos salidas al día para “facilidades sanitarias”. Se invoca como precedente el caso **Kalshnikov contra Rusia** ya comentado en esta revista. Para estimar la lesión se ponderan las condiciones materiales de la detención, su duración, la severidad del régimen y los efectos causados en las personas.

Muy semejante, con hechos y doctrina análogos, **Mentese y otros contra Turquía**, también de **18 de enero de 2005**. La Corte no subestima las dificultades financieras aducidas por el Gobierno demandado, pero entiende que ciertas mejoras recomendadas no requieren significativos recursos y pese a ello no fueron llevadas a cabo.

El TEDH avanza pues en la línea de la necesidad de que los Estados miembros, se preocupen seriamente de mejorar el estado de las cárceles, especialmente, en algunos países (Rusia, Turquía y Bulgaria ya han sido condenadas). Problema que se encuentra también en el reciente y extenso **Informe de 25 de abril de 2005, del Comisionado para los derechos humanos del Consejo de Europa tras su visita a la Federación Rusa**, entre otros extremos, no menos graves.

##### **b) Medidas de aislamiento de peligrosos terroristas y duración de las mismas**

Es asimismo relevante el **Caso Ramírez Sánchez contra Francia de 27 de enero de 2005**, Se trata de un peligroso terrorista sometido a medidas de aislamiento. La Corte no considera que exista violación en las medidas, que implican un aislamiento social y sensorial sólo relativo, pero estima, por cuatro votos frente a tres, inaceptable su duración, durante ocho años y dos meses renovándose cada tres meses.

##### **c) Autolesiones durante la detención como consecuencia de sevicias**

El **Caso Sunal contra Turquía de 25 de enero de 2005**, estima lesión del art. 3 y del 13 en un supuesto de malos tratos a un detenido. El rasgo original radica en que el Gobierno

demandado adujo que el actor se produjo a sí mismo las lesiones durante la custodia al estar bajo el efecto de las drogas y el alcohol. La Corte remarca que no se realizó jamás la prueba de alcoholemia y concluye que el hecho de que el actor se hiriera a sí mismo es un incidente que no explica el origen de todas las lesiones mencionadas en un informe médico las cuales revelan sevicias que sólo se comprenden como tratos inhumanos y degradantes.

#### **D) Garantías de la detención (art. 5 CEDH)**

##### **a) Tiempo máximo de la detención en procedimientos de expulsión**

El **Caso Singh contra la República Checa de 25 de enero de 2005**, considera que una detención durante dos años y medio para garantizar un procedimiento de expulsión de un ciudadano indio es contraria al CEDH, razonando que no ha existido la diligencia suficiente y que la privación de la libertad ha dejado de estar justificada. Llama la atención que, de acuerdo a la legislación checa, que no se cuestiona, una persona pueda estar detenida hasta dos años para su expulsión. Se fija una indemnización de 5.000 euros por el daño moral para cada recurrente y otros 3.000 por gastos y costas.

##### **b) Detención durante 19 horas contraria al Convenio**

En abierto contraste con la situación anterior **Epple contra Alemania de 24 de marzo de 2005**. El recurrente es detenido al intentar participar en un festival punk prohibido por las autoridades locales, al negarse a abandonar el lugar en que debía celebrarse. Permanece 19 horas detenido. El Tribunal reconociendo la legalidad de la detención y que ésta no ha sobrepasado el límite legal, sin embargo, teniendo en cuenta que la máxima multa posible a la que podía ser sometido por su conducta es de 250 euros, afirma que su detención durante ese período es contraria al art. 5.1.b) del CEDH.

#### **E) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH)**

##### **a) Expulsión de un extranjero contraria al artículo 6**

En el **Caso Harizi contra Francia de 29 de marzo de 2005**, el recurrente es un ciudadano argelino que llega a Francia con toda su familia a la edad de 5 años. 27 años después se ordena su expulsión tras la comisión de varios delitos. Se declara vulneración del art. 6 (no se analiza el asunto desde el punto de vista de la más que probable vulneración del derecho a la vida familia del art. 8) en la medida en que a pesar de varias peticiones al respecto, no se le había autorizado su entrada en Francia para estar presente en la apelación de la orden de expulsión, para la cual no autorizó tampoco la representación de su abogado.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### **b) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6.1 CEDH), defectos en los emplazamientos y juicios en ausencia**

El Caso Ziliberberg contra Moldavia de 1 de febrero de 2005, estima una demanda por falta de emplazamiento debido a la vista de su recurso de apelación penal, celebrándose el juicio en su ausencia. La Corte recuerda que la art. 6 en su conjunto garantiza el derecho del acusado a participar de forma efectiva en el proceso criminal, lo que incluye, entre otros contenidos, los derechos a ser oído y a seguir el procedimiento, pudiendo defenderse, examinar a los testigos y tener asistencia letrada. Unos derechos que no pudieron ser ejercidos en este supuesto. Ciertamente, la Corte recuerda que en los precedentes que suponen **Kremzov contra Austria** y **Kaminski contra Austria** se dijo que la presencia de la persona acusada en la vista o audiencia del recurso de apelación donde “sólo extremos jurídicos fueran considerados” no era un punto crucial. Pero este caso es distinto, pues en aquéllos estuvieron presentes los Abogados de los acusados quienes representaron a los mismos, pero aquí el actor no tuvo siquiera noticia de la vista y en consecuencia no pudo tener un juicio justo.

#### **c) Derecho a un Tribunal imparcial (artículo 6.1 CEDH): juez que previamente integró un tribunal en otro procedimiento conexo**

El Caso Indra contra Eslovaquia de 1 de febrero de 2005, considera lesionado el derecho a un tribunal imparcial. Uno de los jueces que integraron la Sala del Tribunal Supremo había formado parte del Tribunal que rechazó el recurso de apelación presentado por el actor en un procedimiento conexo con el principal y derivado de los mismos hechos. La Corte recuerda que esta garantía debe analizarse desde un test subjetivo junto a otro objetivo. La primera vertiente, o imparcialidad personal, debe presumirse en un juez y no suscita dudas en el caso, pero la segunda se advierte violada, pues la segunda decisión pudo entrar en consideraciones sobre las decisiones judiciales tomadas en el procedimiento originario.

#### **d) Derecho a un Tribunal imparcial (artículo 6.1 CEDH): jueces legos nombrados por entidades con intereses en el litigio**

El Caso Thaler contra Austria de 3 de febrero de 2005, estima una lesión del derecho a un tribunal imparcial (art. 6.1 CEDH). En un procedimiento administrativo un tribunal regional de apelación estuvo integrado por un presidente, que era juez profesional pero nombrado por el Ministro Federal de Justicia, y por cuatro vocales, dos de ellos designados por una asociación médica y los otros dos por un comité de entidades aseguradoras sociales. Se discute la imparcialidad de los vocales. El Gobierno demandado sostiene que los mismos sólo pueden ver cuestionada su imparcialidad cuando están directamente involucrados en la negociación de los contratos. La Corte sigue su doctrina respecto de este derecho, construida desde una perspectiva material y realista antes que formal, e invoca el precedente **Hortolomei contra Austria** donde se sostuvo que una comisión que integraba el sistema austriaco de seguridad social no presentaba la necesaria independencia, porque esos vocales asesores eran nombrados y tenían lazos con las entidades afectadas por el caso, y, en consecuencia, podían tener intereses contrarios a los del actor a la hora de ponderar los litigios.

**e) Derechos del acusado [art 6.3 letras a) y c) CEDH] y sus limitaciones: sobre las deficiencias de los Abogados de oficio, y el tiempo y las facilidades necesarias para preparar la defensa**

El Caso *Mayzit contra Rusia* de 20 de enero de 2005, estima la violación de otros derechos, pero en lo que atañe a los derechos del acusado (art. 6.3 CEDH) se desestima la demanda y se sostiene lo siguiente. Se reitera que el derecho a ser asistido de un defensor [letra c)] alberga una alternativa entre dos situaciones y garantiza una adecuada defensa profesional, pero no concede el derecho a elegir entre un Abogado de justicia gratuita, designado por el Estado, o de libre elección. Depende de la legislación nacional aplicable. La relación de confianza entre el Abogado y el cliente, de la que deriva el derecho de elección, es importante, pero no es un derecho absoluto sino ejercitable dentro de ciertas limitaciones. Los deseos del defendido pueden verse limitados en interés de la justicia. El Estado no responde de cualesquiera limitaciones del Abogado designado de oficio sino sólo de aquellas que sean manifiestas en casos de ineficacia o negligencia y redunden en claras mermas de la defensa.

Respecto del tiempo y las facilidades necesarias para preparar la defensa, se recuerda que la letra b) del art. 6.3 da una lista no exhaustiva de derechos de defensa del acusado con el fin de establecer una igualdad de armas en el proceso entre la acusación y la defensa. Sirven a conceder oportunidad al acusado para organizar apropiadamente su defensa sin restricciones. El acusado estuvo en contacto con la defensa en agosto de 2000 y fue sometido a juicio en octubre, un tiempo que la Corte estima suficiente para preparar la vista.

**F) Derecho a la vida privada y familiar y relaciones sexuales libres entre adultos (artículo 8 CEDH)**

En el Caso *K.A. y A.D. contra Bélgica* de 17 de febrero de 2005, el tribunal analiza el recurso presentado por dos sadoomasoquistas (un juez y un médico) considerados culpables de golpes y heridas voluntarias a un año de prisión y cinco años de inhabilitación para todo cargo público al involucrar en las mismas a la mujer de uno de ellos. Se alega fundamentalmente vulneración del art. 8 del CEDH. El Tribunal considera que el precepto protege el derecho a mantener relaciones sexuales y a disponer de su propio cuerpo como parte de la autonomía personal, por lo que el derecho penal no puede, en principio, intervenir en el campo de las prácticas sexuales consentidas entre adultos (...) sin embargo en el caso concreto la ingerencia no es desproporcionada. Si una persona puede reivindicar el derecho a ejercer sus prácticas sexuales de la forma más libremente posible, sin embargo existe el límite de la voluntad de la víctima de tales prácticas, cuyo derecho a la libre sexualidad debe estar también garantizado, lo que estima no sucede en este caso.

**G) Libertad de expresión (artículo 10 CEDH). Fijación de una indemnización excesiva**

De los casos del trimestre relacionados con la libertad de expresión, sin duda uno de los más interesantes, y probablemente discutible en cuando a su solución, es *Pakdermili contra Turquía* de 22 de febrero de 2005.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

El recurrente, un ex primer ministro turco recurrente, ex primer ministro turco condenado al pago de una indemnización civil por las críticas al Presidente de la república, indemnización que considera excesiva (60.000 euros) y como tal contraria al art. 10. El Tribunal admite que el discurso emplea expresiones claramente injuriosas –mentiroso, calumniador– que constituyen ataques personales gratuitos que difícilmente puede reducirse a una opinión en el contexto de un debate político, pero analiza los criterios considerados a la hora de fijar el montante de la indemnización “(...) el status socioeconómico de las partes (...) su nivel socioeconómico y de estudios (...) el hecho de que la persona ofendida fuera el Presidente de la República” y considera, lo que puede causar cierta perplejidad, que esa forma de evaluar los daños implica vulneración del art. 10 de la Convención.

#### **H) Derecho de asociación en partidos (artículo 11 CEDH): control de los estatutos y programas de los partidos**

Es importante el Caso del Partido Comunista Rumano, “NEPECERISTI” (PCN) y otro contra Rumanía de 3 de febrero de 2005, que estima violación del derecho de asociación en partidos (art. 11 CEDH) por la negativa de las autoridades estatales a inscribir a dicho partido. El Gobierno demandado esgrimía que el programa político y los estatutos del mismo pugnan con la democracia pluralista y los principios protegidos por el Convenio, sobre todo, a la luz de la experiencia totalitaria vivida en el país durante la época comunista.

El Tribunal razona que en materia de partidos políticos deben conectarse los arts. 10 y 11 del Convenio, y recuerda que no hay democracia sin ese ejercicio colectivo de la libertad de expresión que permite el pluralismo (“la democracia se nutre de la libertad de expresión”), así como reconoce –invocando sus precedentes– que un partido puede hacer campaña por medios pacíficos a favor de un cambio de la legislación y de las estructuras legales y constitucionales. Y concluye que la negativa del registro a inscribir en virtud del contenido de sus estatutos y de su programa político no es adecuada pues no existe una “necesidad social imperiosa” que justifique la medida. Así tales decisiones se han fundado exclusivamente en el programa político y los estatutos y en el rechazo de la doctrina comunista sin que el mencionado partido llegara a tener una actividad política antes de su inscripción. Al analizar estos documentos, la Corte observa que no hay incitaciones a la violencia ni a la dictadura del proletariado, y subraya que incluso se encuentran críticas al viejo partido comunista de antes de 1989 respecto del que se marcan distancias. Se advierte de que existen otros partidos con ideologías marxistas en otros Estados miembros del Convenio. Y se estima que no existen pruebas de que exista una amenaza para la democracia de tal entidad que justifique una medida tan radical como el rechazo a la inscripción de un partido.

#### **I) Derecho de sufragio pasivo y a participar en elecciones libres (artículo 3 P1), parlamentos regionales y un prolongado deber de residencia habitual**

El Caso PY contra Francia de 11 de enero de 2005, desestima la lesión de la garantía reconocida en el art. 3 P1 relativa al derecho a participar en elecciones libres y regulares del

“cuerpo legislativo”. La Corte recuerda que esta expresión no puede entenderse referida únicamente al parlamento nacional y debe interpretarse en función de la estructura constitucional de cada Estado, la garantía puede así aplicarse a las elecciones regionales. La Ley francesa debatida reconoce la ciudadanía de Nueva Caledonia como una de sus mayores innovaciones y prevé transferir sucesivas competencias a la región y, por tanto, el órgano analizado merece ser denominado como un cuerpo legislativo a estos efectos. Pero los derechos del art. 3 P1 no son absolutos sino sometidos a restricciones, ámbito en el cual los Estados tienen un amplio margen de apreciación nacional, aunque no ilimitado. La condición de residente para ejercer el derecho de voto no constituye una restricción arbitraria y atiende a un fin legítimo. Además Nueva Caledonia está en una fase transitoria antes del acceso a la plena soberanía y ejercicio de su derecho de autodeterminación. En este contexto y a la vista del conflicto interno, no se considera arbitraria la exigencia legal de diez años de residencia.

### **J) El concepto de víctima en el Convenio (artículo 34 CEDH) es autónomo respecto de las nociones de derecho interno**

En *Ceyhan y otros contra Turquía* de 13 de enero de 2005, la Corte tiene oportunidad de precisar el concepto de víctima de la violación de un derecho a los efectos del art. 34 CEDH. La noción debe ser interpretada con autonomía e independencia de las nociones de derecho interno (se invoca como precedente *Sanles Sables contra España*). Las condiciones o requisitos a exigir para las demandas individuales no coinciden necesariamente con los criterios nacionales relativos al *locus standi*, pues el propósito del Convenio está en ofrecer una garantía efectiva y práctica a las personas lesionadas en sus derechos fundamentales. Además la relación familiar siempre se ha considerado por el Tribunal relevante a los efectos de una violación del art. 2.

El Gobierno turco negaba a una de las actoras y a sus hijos la condición de víctima, pues aquella había contraído sólo matrimonio religioso con el difunto, instituto que no goza de reconocimiento jurídico en el ordenamiento turco, a diferencia de otra esposa e hijos habidos tras matrimonio civil.

## **3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

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

#### **a) Acceso a la jurisdicción: extemporaneidad**

La interposición de la acción ante un órgano incompetente y la interrupción del plazo de caducidad

La recurrente, una empresa sancionada por riesgos laborales, impugnó la sanción ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Santander. El citado órgano, después de

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

haber tramitado el proceso hasta la fase de conclusiones, declaró su falta de competencia objetiva y elevó las actuaciones al TSJ. La Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ inadmitió por extemporáneo el recurso al haber transcurrido más de dos meses desde que se notificó la sanción (la resolución impugnada señalaba que el recurso jurisdiccional tenía que plantearse ante el TSJ). La **STC 44/2005, de 28 de febrero**, Sala Segunda, considera que la sentencia recurrida hace una interpretación excesivamente formalista de las reglas sobre el cómputo del plazo de caducidad y priva al particular del derecho de acceso al proceso. La inadmisión es también contraria a la literalidad del art. 7.3 LJCA, que ordena seguir el curso del proceso, por lo que la remisión de las actuaciones no debe ser considerada como un nuevo inicio del proceso.

#### La interposición de la acción el día hábil siguiente al del vencimiento del plazo

El Tribunal Constitucional anula en la **Sentencia 64/2005, de 14 de marzo**, Sala Segunda, un Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana que inadmitió un recurso presentado el día siguiente al del vencimiento del plazo. El art. 135.1 LEC permite la presentación de los escritos sujetos a plazo hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo. El TSJ consideró que dicho precepto no era aplicable con carácter supletorio en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Tribunal Constitucional no entra en la cuestión de fondo porque entiende que corresponde a los tribunales ordinarios analizar la supletoriedad de la LEC. El Tribunal Constitucional establece un único límite: en la medida en que la resolución impide al recurrente disponer en su integridad del plazo legalmente establecido, resulta exigible que el órgano judicial motive suficientemente por qué considera inaplicable el art. 135.1 LEC. En el caso concreto, se estima la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva porque la resolución impugnada afirma “apodícticamente” que la LJCA contiene una regulación específica y completa que impide acudir a esa legislación supletoria.

#### b) Acceso a la jurisdicción y legitimación activa de los sindicatos

En la **STC 28/2005, de 14 de febrero**, Sala Segunda, se recuerda que los sindicatos gozan de una legitimación abstracta o general en la jurisdicción contencioso-administrativa para impugnar las decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario (véase, entre otras sentencias, la **STC 112/2004**, analizada en JA, núm. 26). En este caso se impugnaba un Decreto de la Alcaldía de un Ayuntamiento por el que se convocaba concurso-oposición para cubrir mediante oposición interna un puesto de trabajo vacante en el cuerpo de la Policía Local.

#### c) Derecho a la prueba e indefensión

La **STC 4/2005, de 17 de enero**, Sala Segunda, considera vulnerado el derecho a la prueba porque la Sala del TSJ de Galicia inadmitió sin la motivación exigible pruebas que fueron propuestas en tiempo y forma por el recurrente y que tenían una relación lógica con la demanda. La inadmisión ha provocado una efectiva indefensión en el recurrente,

un funcionario que trataba de probar que había sufrido un accidente de tráfico cuando regresaba de la realización de funciones propias de su cargo sindical.

#### **d) Garantía de indemnidad**

La garantía de indemnidad se puede definir como el derecho de quien ejerce una acción judicial a no sufrir consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas, especialmente en la situación laboral. Se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos. Constituye una manifestación de cómo el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo vincula a jueces y magistrados. En el caso resuelto en la **STC 38/2005, de 28 de febrero**, Sala Primera, la recurrente invoca que su cese como Secretaria del Consejo Social de la Universidad de Zaragoza obedece a la intención de penalizarla por haber planteado varias acciones judiciales contra la citada Universidad (la discrepancia radicaba en la naturaleza de la relación laboral entre ambas).

La distribución de la carga de la prueba es la misma que se aplica en los casos de discriminación: la secretaria debe aportar indicios que generen una razonable sospecha de que el cese encubre una represalia por el ejercicio de una acción procesal contra la Universidad y ésta puede neutralizar la presunción probando que el despido responde a causas objetivas. El TC considera que existe una apariencia razonable de que el despido trata de impedir la aplicación de la decisión judicial favorable a la recurrente en amparo, mientras que la Universidad no ha conseguido probar que su decisión responda a motivos ajenos a todo propósito atentatorio del derecho fundamental.

#### **e) Motivación de las resoluciones judiciales y sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional: providencia que remite al informe del Fiscal**

El acto recurrido en la **STC 15/2005, de 31 de enero**, Sala Segunda, es una providencia de la Audiencia Nacional. Se resolvía un recurso de súplica presentado por un ciudadano rumano frente a un Auto de la Sala de lo Penal. En esta primera resolución, el órgano judicial acordó sustituir las penas impuestas por un delito de falsificación de moneda por la expulsión. El recurso de súplica fue resuelto mediante providencia y con una escasa motivación: “Dada cuenta; por evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal, únase el informe emitido a la presente ejecutoria y, de conformidad con el mismo, no procede aceptar la petición deducida en súplica. Estése a lo acordado en el Auto de fecha 10 de diciembre de 2003”.

La utilización de la forma de providencia en lugar de Auto es un defecto irrelevante desde el punto de vista constitucional, por lo que el Tribunal Constitucional se centra en el problema de la falta de motivación. Se considera que la providencia está suficientemente motivada. Se admite la adecuación de la remisión al informe del Ministerio público, donde se contendrían los criterios jurídicos esenciales en los que se fundamenta la decisión.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Además se tiene en cuenta que la providencia se enmarca en un debate procesal que permite conocer con precisión los motivos de la resolución del órgano judicial.

#### **f) Acceso a los recursos: admisión excepcional del presentado en la oficina de correos**

La STC 20/2005, de 1 de febrero, Sala Segunda, admite la validez de la presentación de un recurso de súplica a través del servicio postal. El órgano a quo había inadmitido el recurso por extemporáneo, porque llegó a la Audiencia Nacional fuera del plazo de cinco días fijado por la ley, pese a que se remitió el segundo día.

El Tribunal Constitucional aprecia circunstancias excepcionales que justifican la presentación del escrito fuera del registro del órgano judicial: el recurrente no ha contado con asistencia letrada, distancia entre su domicilio (provincia de Castellón) y la Sede de la Audiencia Nacional, junto a la diligencia para acreditar que el envío se realizaba en plazo. (En el mismo sentido, SSTC 260/2000, 41/2001, 90/2002 y 223/2002.)

#### **B) Igualdad (artículo 14 CE)**

##### **a) Discriminación por razón de sexo y prestaciones de la Seguridad Social**

SSTC 49 y 50/2005, de 14 de marzo, Sala Primera. Resuelven sendos recursos de amparo que consideran, en el fondo, que el art. 12.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en su redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, vulnera el principio de igualdad por tratar de forma desigual a trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial respecto del acceso a las pensiones de invalidez y de jubilación. Al aplicar el mismo razonamiento –así lo señalan expresamente– que siguió la STC 253/2004, de 22 de diciembre, para declarar inconstitucional el art. 12.4 de la norma precitada, nos remitimos a la reseña que sobre tal sentencia hicimos en el número anterior de *Justicia Administrativa*.

##### **b) Igualdad en la aplicación de la ley: la desigualdad proscrita por el artículo 14 CE exige que el término de comparación del distinto trato lo sea respecto de otras personas y que hayan de motivarse los cambios de criterio jurisprudencial**

STC 7/2005, de 17 de enero, Sala Segunda. En este recurso de amparo propuesto por Telefónica, se rechaza la alegada infracción de igualdad en su vertiente de igualdad en la aplicación de la ley, pues tal principio exige un elemento de alteridad que no existe en el presente caso. Las sentencias que se aportan como elementos de comparación no versan sobre otra u otras personas respecto de las que se denuncie un trato desigual, sino respecto de sí misma.

La STC 29/2005, de 14 de febrero, resuelve un recurso de amparo en que se alega la misma infracción por considerar que se ha separado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sin motivar ni justificar el cambio de criterio, de su doctrina sobre el valor probatorio de la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad. Constata el Tribunal Cons-

titucional que, efectivamente, así ha sucedido, provocando la ausencia de motivación la vulneración del derecho del recurrente, por lo que se anula la Sentencia.

### **c) Principio de igualdad tributaria: exención de impuestos de las cajas de ahorro**

La **STC 10/2005, de 20 de enero**, Pleno, declara que la exención de impuestos a las cajas de ahorro en su actividad financiera o mercantil constituye una desigualdad prosrita por nuestra Constitución. La concesión a éstas de beneficios fiscales de los que no disfrutaban el resto de entidades de crédito carece de una justificación objetiva y razonable. La justificación histórica del trato dispar a las cajas de ahorro decae desde el momento en que estas entidades empezaron a perder su carácter puramente benéfico para ir acercándose paulatinamente en su actividad a las restantes instituciones financieras.

La exención de las cajas en el Impuesto sobre Actividades Económicas se extinguió el 31 de diciembre de 1994 (momento en el que terminaba el período transitorio establecido en la Ley de haciendas locales), por lo que la doctrina que se establece en esta Sentencia sólo tiene como efecto impedir aquellas reclamaciones que pudieran presentar las cajas de ahorro en relación con el art. 9.7 del Decreto 3313/1966, de 29 de diciembre.

### **C) Derecho a la libertad (artículo 17. 1 CE)**

#### **a) La medida cautelar de prisión provisional impuesta a maltratador que quebrantó una orden de alejamiento, cuando se impone sin motivación lesiona el derecho a la libertad**

**STC 62/2005, de 14 de marzo**, Sala Segunda. Se trata de un caso de violencia familiar en el que, al marido, acusado de esa violencia, se impone la medida cautelar de alejamiento; como la quebranta el órgano judicial decreta la prisión provisional. Los procesos abiertos contra el recurrente en amparo concluyen con su condena por delitos de amenaza y quebrantamiento de medida cautelar y de faltas por lesiones e injurias. Estas condenas parecían confirmar *ex post* la idoneidad de la prisión provisional decretada, pero, a juicio del TC, la imposición de esa medida no se motivó suficientemente ya que no se aportaron elementos de convicción acerca del riesgo real que se intentaba evitar ni se respondió a la petición de prueba formulada por el recurrente en amparo de que su hijo, de trece años, prestara declaración. Así las cosas el TC señala que se vulneró el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y el derecho a presentar medios de prueba (art. 24.2 CE).

#### **b) La inadmisión de un *habeas corpus* anticipando el juicio de fondo lesiona el derecho a la libertad personal (artículo 17.1 y 4 CE)**

**STC 37/2005, de 28 de febrero**, Sala Primera. Se otorga el amparo a un guardia civil bajo arresto al que se niega la admisión del *habeas corpus*. El TC reitera su doctrina según la cual el juez que conoce de la admisión del *habeas corpus* no puede anticipar un juicio sobre

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

el fondo en el trámite de admisión, impidiendo así que el recurrente comparezca ante el juez, formule alegaciones y presente medios de prueba.

#### **D) Libertad de expresión (artículo 20.1 CE)**

##### **a) La libertad de expresión de un cargo público no ampara el uso de expresiones ofensivas, ni siquiera en el marco de un Pleno municipal**

La STC 39/2005, de 28 de febrero, Sala Primera, resuelve un supuesto de colisión entre el derecho al honor de un cargo público y la libertad de expresión de un concejal que durante un pleno municipal utilizó expresiones injuriosas a fin de describir al demandante. Reitera el TC su jurisprudencia referida a la libertad de expresión e información, indicando que, en aquellos supuestos en que estas libertades actúan como vehículos de participación en los asuntos públicos su amplitud es aun mayor que en otros contextos. Continúa el TC señalando que a pesar de la mayor amplitud concedida a estas libertades en los supuestos indicados, su ejercicio sólo podrá legitimar la intromisión en otros derechos fundamentales cuando resulte relevante para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo de tal efecto legitimador cuando se ejerciten de forma desmesurada o exorbitante. Puesto que en el presente caso las opiniones manifestadas por el recurrente de amparo fueron claramente ofensivas y estaban desconectadas de cualquier razonamiento que las justificase, el TC confirma las sentencias de instancia y protege el derecho al honor del demandante.

##### **b) La libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa se ve limitada por el debido respeto a la autoridad del Poder Judicial**

La STC 22/2005, de 1 de febrero, Sala Segunda, estudia la eventual vulneración de la libertad de expresión de una letrada, sancionada tras realizar la siguiente afirmación en el curso de una declaración testifical: “lo que usted quiere decir es que su Señoría no recogió lo que usted manifestó”. El TC centra su análisis en determinar si esta afirmación es encuadrable en la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa o, por el contrario, excede de los límites impuestos a este derecho, en concreto, el respeto debido a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, y puede ser, por tanto, sancionada en base a lo previsto en los arts. 448 y siguientes LOPJ. A los ojos del TC, la afirmación de la letrada es perfectamente encuadrable en el marco de la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa en cuanto no supone ninguna descalificación y no pretendían cuestionar la autoridad o imparcialidad del órgano judicial sino, tan sólo, subrayar una cuestión relevante para la defensa de su cliente.

##### **E) Libertad de información (artículo 20.1 CE): La teoría del reportaje neutral no es aplicable a aquellos supuestos en los que el periodista no se limita a transmitir los hechos acaecidos e incluye juicios de valor**

La STC 1/2005, de 17 de enero, Sala Primera, se centra en determinar si la transmisión de un programa radiofónico en el que se narraba la supuesta sodomización de un cadete por sus superiores jerárquicos y en el que participaron el propio cadete y algunos de sus familiares, atentó contra el honor de los superiores, cuya inocencia fue corroborada por

el sobreseimiento libre de la causa. El TC estudia el presente supuesto desde su jurisprudencia tradicional referida a los casos de colisión entre el derecho al honor y la libertad de información, y analiza si la información transmitida en la entrevista señalada era veraz y de relevancia pública. Si bien el segundo requisito no plantea problemas, el TC estima que la exigencia de veracidad no se cumple en cuanto la entrevistadora no contrastó las aseveraciones de la supuesta víctima ni con las de los acusados, ni con las del juzgado que instruyó el caso. En el mismo sentido, el TC señala que el presente asunto no puede analizarse desde la perspectiva de la teoría del **reportaje neutral** en cuanto la periodista no se limitó a realizar preguntas a los entrevistados y a actuar como mero transmisor de lo acaecido, sino que presentó la noticia de forma sesgada realizando continuas afirmaciones que daban por cierto lo narrado por los entrevistados.

### **F) Acceso a cargos públicos (artículo 23.1 CE). Aukera Guztiak: nuevo episodio en la sucesión de partidos políticos ilegalizados**

STC 68/2005, de 31 de marzo, Sala Segunda. Recurso de amparo electoral en que se impugna la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo que anuló las candidaturas presentadas por Aukera Guztiak a las elecciones autonómicas vascas por considerar que, a través de ellas, se quería suceder, de hecho, a un partido político ilegalizado.

El Tribunal Constitucional agrupa en tres bloques las vulneraciones de derechos fundamentales alegadas por la recurrente. En un primer lugar, conoce respecto del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho de defensa y el derecho a la prueba. Se reiteran los argumentos empleados por las SSTC 85/2003, de 8 de mayo y 99/2004, de 27 de mayo, comentadas en los números 21 y 25 de *Justicia Administrativa*, para resolver tales quejas. Así, se afirma que es la propia naturaleza del proceso contencioso-electoral la que impone unos plazos breves para la presentación de alegaciones y medios de prueba e impide una mayor actividad probatoria, en pro de que el proceso electoral se pueda desarrollar en el plazo legalmente fijado. Sin embargo, esta vez recomienda el Tribunal al legislador un esfuerzo por lograr un mejor acomodo procesal para este tipo de supuestos.

También es repetición de la doctrina sentada en los procesos anteriormente citados la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional respecto de la pretendida vulneración del derecho a la participación en los asuntos públicos. Reconoce que la ilegalización de un partido político no produce privación alguna del derecho de sufragio pasivo, mas restringe materialmente el ejercicio colectivo del mismo a quienes quieran eludir fraudulentamente las consecuencias jurídicas de la misma a través de la desnaturalización de las agrupaciones de electores como instrumento de participación ciudadana.

Constata el TC que se ha acreditado, motivada y suficientemente, la concurrencia del art. 44.4 LOREG, en el que se basa el TS para la anulación de las candidaturas, si bien reconoce que la Sentencia *a quo* no debería haber tenido en cuenta varios elementos probatorios, sobre todo los conducentes a probar la “sucesión personal” del partido político. Considera

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

que no tiene relevancia el hecho de que las candidatas que concurren en los puestos 17 y 25 hayan integrado hace catorce años en listas electorales de los partidos ilegalizados.

Asimismo, y unido con el tercer bloque de alegaciones, el derecho a la intimidad en relación a un proceso con todas las garantías, concluye que no debía haberse considerado prueba válida el cruce de datos entre los avalistas de la candidatura y la información existente en archivos policiales, pues las firmas de aval no son objeto, en el procedimiento electoral, de un acto general de publicación. Al mismo tiempo, afirma que no son elementos controlables por la agrupación electoral y que simplemente expresan el apoyo a que determinada candidatura acceda a la competencia electoral.

Por último, reflexiona el TC sobre la cuestión referida a la condena del terrorismo, que considera, en el mismo sentido que la STC 99/2004, un contraindicio que desharía la eficacia probatoria de indicios de la voluntad defraudatoria en la constitución de las candidaturas que se impugnen por su supuesta connivencia con los terroristas.

#### **G) No existe entre los concesionarios de estancos y el Estado una relación especial que relativice las exigencias derivadas del principio de legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE)**

SSTC 26/2005, de 14 de febrero, y 54/2005, de 14 de marzo, Sala Primera. En ambas sentencias el TC entiende vulneradas las exigencias derivadas del principio de legalidad penal. Los recurrentes, concesionarios de estancos, fueron sancionados con la suspensión de la concesión por 65 días debido a que suministraron tabaco con recargo a bares y establecimientos distintos de los que les estaban adscritos. Las sanciones se impusieron de conformidad con el Real Decreto 2738/1986. Este Reglamento carecía, sin embargo, de cobertura legal ya que regula materias sin sometimiento a directiva legal alguna y sin que de la naturaleza de la relación entre el concesionario y el Estado pueda derivarse fundamento alguno para la sanción reglamentaria establecida, pues aunque de la constitución puedan derivarse ciertas modulaciones del derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito de las relaciones administrativas especiales (presos, policías), aun en estos casos una sanción carente de toda base legal sería lesiva del derecho reconocido en el artículo 25.1 CE.

El voto particular de García Calvo y de Rodríguez Zapata entiende, por el contrario, que entre el concesionario y el Estado existe una relación especial administrativa que relativiza el alcance de la reserva de ley en materia sancionadora, haciendo más laxa la conexión entre la base legal y las sanciones efectivamente dispuestas reglamentariamente.

#### **H) Interpretación *favor libertatis* de los requisitos para la promoción de elecciones a delegado sindical en empresas de no más de diez trabajadores (artículo 28.1 CE)**

STC 60/2005, 14 de marzo, Sala Segunda. Reiteración de la doctrina del TC, en especial la vertida en un caso casi idéntico, por la STC 103/2004, según la cual se lesiona al derecho a la libertad sindical cuando se anula la elección en empresas de hasta diez trabajadores por entender que no hay acuerdo mayoritario de los empleados si aquél no ha sido adoptado formalmente antes de la convocatoria electoral. Para el TC la exigencia

de acuerdo mayoritario de los trabajadores de promover una lección a delegados sindicales en empresas de ese tipo (artículo 62.1 ET) puede entenderse cumplido por la participación mayoritaria en la elección (en el caso 9 de los diez empleados votaron). El acuerdo es así tácito y posterior a la promoción de la elección y es válido ya que exigir acuerdo previo y formalizado implicaría una interpretación restrictiva y por tanto lesiva del derecho a la libertad sindical.

### **I) La autonomía universitaria no comprende el derecho de las universidades a mantener intacta su estructura organizativa (artículo 27.10 CE)**

STC 47/2005, de 3 de marzo, Pleno. Se trata de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por diputados socialistas contra la Ley valenciana 2/1996 que creó la Universidad Miguel Hernández de Elche, asignándola enseñanzas y centros hasta ese momento dependientes de la Universidad de Alicante.

El TC reitera la doctrina sentada, sobre todo, en la STC 106/1990 (caso Ley canaria de reorganización universitaria). Recuerda el Alto Tribunal que la garantía institucional contenida en el art. 27.10 CE tiene carácter instrumental de las libertades académicas (enseñanza, estudio e investigación) y que protege el libre ejercicio de las funciones universitarias frente a injerencias externas, pero no asegura, frente al Estado o las CCAA, el mantenimiento intacto de una concreta estructura organizativa. En otras palabras, la autonomía universitaria no incluye el derecho de las universidades a contar con unos u otros centros condicionando decisiones de los legisladores estatales o autonómicos.

El voto particular de Pérez Tremps y Pérez Vera entiende que la Universidad de Alicante debía haber sido oída, pues la readscripción de centros es idéntica, para la Universidad afectada, a la supresión para la que tanto la LRU como la LOU exigen intervención del Consejo Social.

El voto particular de Sala Sánchez es más duro, ya que, además de entender exigible la audiencia a la Universidad afectada, considera que no había motivo razonable para el “desmantelamiento” de buena parte de la Universidad de Alicante, parte adscrita por medio de la Ley impugnada a la nueva universidad. Con esta medida de castigo a una concreta universidad se estaría vulnerando la prohibición de interdicción de la arbitrariedad establecida en el art. 9.3 CE.

### **J) Derecho de propiedad (artículo 33 CE): Expropiación legislativa: ley singular**

Los propietarios de unos terrenos expropiados para ampliar la sede del Parlamento de Canarias recurrieron el Decreto del Gobierno autonómico por el que se declaraba urgente la ocupación de los derechos afectados. La Sala de lo Contencioso-Administrativo elevó una cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley canaria 2/1992, resuelta por la STC 48/2005, de 3 de marzo, Pleno. La ley declaraba, no sólo –como es habitual– la utilidad pública del proyecto, sino que además determinaba los inmuebles concretos destinados

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

a la realización de ese fin abstracto. Se da forma legal a un acto materialmente administrativo, es el Gobierno quien acuerda la necesidad de ocupación en el procedimiento expropiatorio ordinario. El TC concluye que la ley enjuiciada responde al concepto de ley singular.

La garantía del procedimiento expropiatorio, que se deduce de la expresión “de conformidad con lo dispuesto en las leyes” (art. 33.3 CE), incluye el derecho a que los actos que se producen en cada una de las fases del procedimiento de expropiación puedan ser objeto de revisión jurisdiccional. Este control puede ser efectuado, en principio, tanto por la jurisdicción ordinaria como por el TC, por lo que las expropiaciones legislativas no están *a priori* proscritas por la Constitución. Mas en cada caso habrá que analizar si el control que admiten las normas con rango de ley es suficiente “para brindar una tutela materialmente equivalente a la que puede dispensar frente a un acto administrativo un Juez de lo contencioso”.

En el caso concreto se traduciría en el derecho a ser amparado frente a la posible arbitrariedad o desproporción de la declaración de necesidad de ocupación. Según el TC es indispensable verificar que los bienes expropiados son más idóneos para la ampliación de la sede del Parlamento que otros inmuebles aledaños. El TC se declara incapaz de emitir un juicio sobre esta realidad fáctica, los procesos de control de constitucionalidad que tiene a su alcance son inidóneos para valorar la justificación específica de la ocupación de las parcelas expropiadas. Por lo que concluye que se han vulnerado las garantías constitucionales con las que el art. 33.3 CE rodea el ejercicio de la facultad expropiatoria.

Esta importante Sentencia, de la que es ponente la Presidenta del Tribunal, supone un notable cambio de rumbo respecto al razonamiento utilizado en la STC 166/1986, caso Rumasa. Sin embargo, no se puede hablar de abrogación. La presente Sentencia se preocupa por repetir en varias ocasiones que la ley expropiatoria singular puede ser un instrumento admisible, a pesar de la disminución de las garantías del art. 33.3 CE, para hacer frente a una situación excepcional. Este hipotético supuesto, donde parece encajar a la perfección la amenaza para la estabilidad del sistema financiero, exigiría justificar la existencia de un fin legítimo y que la naturaleza de los bienes o la propia singularidad de las circunstancias fácticas convierten en imposible, por insuficiente, el recurso a la simple acción administrativa.

#### 4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

##### A) Derecho al honor (artículo 18.1 CE)

##### a) El ejercicio de la acción penal de protección del derecho al honor impide el ejercicio posterior de la acción civil

STS de 30 de diciembre de 2004 (recurso 5035/2000), ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, Sala de lo Civil. Desestima las pretensiones de la parte reiterando la jurisprudencia del TS en virtud de la cual una vez que se ha ejercitado la acción penal

de protección del derecho al honor no cabe actuar en vía civil para la protección de ese mismo derecho, pudiendo únicamente ejercitarse las acciones civiles de responsabilidad derivadas de condena penal.

**b) La práctica de un embargo frente a los hijos del embargado no puede considerarse una intromisión ilegítima en el derecho al honor**

STS 1262/2004, de 30 diciembre, Sala de lo Civil, Sección Primera, ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. El presente asunto plantea si, tal y como afirma el recurrente, la entrega a sus hijos de una diligencia de embargo dirigida a él vulnera los derechos reconocidos en el art. 18 CE. Señala el TS que, en el presente supuesto, no cabe considerar vulnerado el precepto constitucional indicado ya que la práctica del embargo no puede considerarse una intromisión ilegítima en los derechos del recurrente: el embargo habría sido acordado por la autoridad competente de acuerdo con lo previsto por la Ley (art. 8 LO 1/1982), durante la práctica del mismo no se profirió ninguna expresión que pudiera dañar la buena imagen del recurrente, y además, si la práctica del mismo se entendió con la hija del recurrente, esto fue debido a la ausencia del propio recurrente, que había sido notificado adecuadamente, y a la negativa a colaborar de su esposa.

**B) Libertad de expresión [artículo 20.1.a) CE]**

**a) Libertad de expresión en el seno de las Fuerzas Armadas y sus límites: exhibición de pegatina de “no a la guerra” por militar**

STS de 23 de marzo de 2005, Sala Quinta de lo Militar, ponente Sr. Juanes Peces. Se analiza el recurso contencioso-disciplinario formulado contra la sanción impuesta al demandante, militar, por razón de la exhibición de una pegatina de “no a la guerra” estando de paisano y su posterior entrega al personal civil que prestaba sus servicios en un pabellón de suboficiales del aeródromo militar de Lanzarote. La infracción imputada al actor consistía en la inobservancia leve de algunos de los deberes de las Reales Ordenanzas, art. 182, que dispone que “el militar deberá mantener su neutralidad no tolerando ni divulgando opciones concretas de partidos o grupos políticos o sindicales dentro de los recintos militares”. El TS afirma que dentro de las limitaciones de los derechos del art. 20 CE deben singularizarse las referentes a los miembros de las Fuerzas Armadas en atención a las peculiaridades de éstas y a las misiones que se les atribuyen. Tras citar cierta jurisprudencia del TEDH, la Sala concluye que la exigencia de evitar contiendas y disensiones dentro del ejército y, por elevación, la neutralidad política y sindical, resulta un límite legítimo a la libertad de expresión de los militares y razona que la imposición de una sanción al recurrente no se debió a su manifestación –por otra parte legítima– del “no a la guerra”, ni siquiera a su carácter partidista, que “hay que enmarcarla en un movimiento social y a una polémica política intensa, sino a su exteriorización en un recinto militar en contra de la prohibición expresa de las Reales Ordenanzas, que excluyen cualquier forma de debate que cree disensiones y contiendas dentro de las Fuerzas Armadas cuando, como en este caso, se hace en el interior de un establecimiento de esta naturaleza”, siendo éste

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

el motivo de la sanción. La cohesión interna de las Fuerzas Armadas y su neutralidad en materia de debates sociales y políticos legitiman en este caso la limitación de la libertad de expresión de sus miembros cuando la misma es, como en el caso examinado, proporcionada a las circunstancias concurrentes.

#### **C) Acceso a cargos públicos (artículo 23.1 CE)**

##### **a) Impugnación de Acuerdo de proclamación de candidatura de Aukera Guztiak**

En la STS de 26 de marzo de 2005, dictada por la Sala Especial del art. 61 LOPJ, Ponente Sr. Hernando Santiago, el TS estima la impugnación del Abogado del Estado contra el Acuerdo de las Juntas Electorales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya de 21 de marzo de 2003, que proclamaron la candidaturas presentadas a las elecciones del Parlamento Vasco de Aukera Guztiak. Esta Sentencia es impugnada ante el Tribunal Constitucional, cuya Sala Segunda dicta Sentencia que se analiza en el apartado 3.C) de esta crónica.

##### **b) Medida cautelar sobre entrega de copia de censo electoral**

En el Auto dictado por la Sala Especial del art. 61 LOPJ el 25 de marzo de 2005, ponente García Varela, el TS estima la solicitud deducida por el Abogado del Estado, en el seno del proceso de impugnación de la proclamación de las candidaturas, de adopción de la medida cautelar de suspensión de la obligación de la Oficina del Censo Electoral, establecida en el art. 41.5 LOREG, de suministrar copia del Censo a las candidaturas denominadas “Aukera Guztiak”. La Sala acuerda la adopción de la medida razonando que “de prosperar el recurso nos encontraríamos ante una agrupación electoral sucesora y continuadora de un partido político ilegalizado y disuelto por su vinculación con el terrorismo, por lo que la obtención de los datos censales actualizados de los ciudadanos podría conllevar un importantísimo riesgo de muchísimos de ellos, que podría poner en peligro derechos fundamentales tales como la vida, la integridad física y la seguridad de las personas que en ellos figuren. Frente a ese riesgo, la Sala considera que la adopción de la medida cautelar produciría, a lo sumo, un perjuicio mínimo para los intereses de las candidaturas impugnadas, dado que tan sólo se retrasaría en dos días, plazo legalmente establecido para dictar sentencia, la posibilidad para obtener esta información, disponiendo de tiempo suficiente para hacer uso de la misma con los fines legalmente previstos, dada la fecha de inicio de la campaña electoral.”

#### **D) Derecho a la tutela judicial y legitimación para recurrir (artículo 24.1 CE)**

##### **a) Legitimación de una Comunidad Autónoma para impugnar una disposición normativa de otra Comunidad Autónoma y prohibición de circulación durante festivos por las vías que transcurren por el territorio de una determinada Comunidad**

STS de 19 de enero de 2005, Sala Tercera, ponente Sr. Yague Gil. Impugnación por la Comunidad de Cantabria de resolución del Gobierno Vasco de medidas especiales de regulación del tráfico que prohíbe la circulación de camiones por las vías públicas de dicha

Comunidad en días festivos. La Sala examina, en primer término, la legitimación de una Comunidad para recurrir una disposición de otra Comunidad Autónoma, reconociendo la Sala legitimación a la actora en cuanto podía verse afectada por la decisión recurrida de impedir el paso a camiones con la consiguiente afectación a sus competencias en materia de transportes terrestres.

En cuanto al fondo, el TS estima que la prohibición general de transitar por todas las carreteras de la Comunidad Autónoma infringe la legislación estatal que dice desarrollar y las normas vigentes no permiten dicha prohibición general a una específica clase de vehículos, sino que la restricción sólo puede afectar a “determinados itinerarios” o partes o tramos de los mismos y anula el acto impugnado.

## E) Extranjeros

### a) Impugnación de Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

En la STS de 9 de febrero de 2005, Sala Tercera, ponente Sr. Soto Vázquez, se analiza el recurso interpuesto por una asociación contra el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. El TS recuerda que ya en Sentencia de 10 de junio de 2004 se declaró la nulidad del art. 2, párrafo primero y 11.3).c).4 que exigía un vínculo de convivencia estable y permanente y se acreditara la convivencia en España de al menos un año. Examina el apartado 2 del art. 18 que prevé la fijación de un plazo para abandonar el territorio nacional en los supuestos de denegación de la tarjeta de residencia a personas incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto y concluye que tal obligación contraviene el principio de proporcionalidad que impide reputar causa bastante de orden, seguridad o sanidad pública esta sola circunstancia en sí misma considerada y se halla en contradicción con el catálogo de resoluciones a adoptar que se especifica en el art. 16, según el cual la denegación de la expedición o renovación de la tarjeta de residencia y la expulsión del territorio nacional se consideran medidas diferentes y no consecuencia la una de la otra.

### b) Asilo

En este trimestre se han dictado diversas Sentencias estimatorias del recurso de casación, bien por la indebida inadmisión de las pruebas propuestas por el recurrente que eran relevantes y guardaban relación directa con el proceso, SSTS de 2 de febrero de 2005, ponente Fernández Valverde, y 16 de febrero de 2005, ponente Sr. Ménendez Pérez, bien por la incorrecta apreciación por parte de la Administración de una causa de inadmisión de la solicitud de asilo, de 27 de diciembre de 2004, ponente Sr. Peces Morate, dos de 25 de enero de 2005, ponentes Sres. Yagüe Gil y Peces Morate, de 1 de febrero de 2005, ponente Sr. Fernández Valverde, dos de 2 de febrero de 2005, ponentes Sres. Enríquez

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Sancho y Yagüe Gil, 3 de marzo de 2005, de este último ponente y de 21 de marzo de 2005, ponente Sr. Cáncer Lalanne, bien por no haber acreditado el cumplimiento del deber de comunicación al ACNUR, de 1 de marzo de 2005, ponente Sr. Menéndez Pérez.

#### c) Control de entrada de extranjeros del Aeropuerto de Barajas: art. 5 del Convenio de Schengen

En la STS de 1 de abril de 2005, Sala Tercera, ponente Sr. Fernández Valverde, se examina una Sentencia que desestima el recurso deducido contra la Resolución de la Dirección General de la Policía de 30 de junio de 2000 que confirma la resolución del Jefe del Servicio del Puesto Fronterizo del Aeropuerto de Madrid-Barajas que deniega la entrada al recurrente, procedente de Guayaquil –Ecuador– por cuanto el pasajero no reunía el requisito de presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de estancia previstas en la legislación vigente para la autorización de la entrada en España. El TS razona que lo pretendido en las normas convencional y reglamentaria aplicadas es la imposición de una obligación principal (1) para poder entrar en un país y el establecimiento de un mecanismo –accesorio y documental– para la acreditación del cumplimiento de la citada obligación (2), elementos ambos exigibles en el marco de la discrecionalidad que los preceptos establecen. La obligación principal consiste en “especificar el motivo de su solicitud de entrada en España”, esto es, discrecionalmente, si así lo requirieran los funcionarios encargados de entrada en los puestos fronterizos, pero, manifestado el expresado motivo de entrada en el país y contrastada la legalidad del mismo, la normativa permite a los funcionarios habilitados exigir “el presentar los documentos que justifiquen el motivo y las condiciones de estancia”, con la finalidad concreta de justificar la verosimilitud del motivo de entrada previamente establecido, pero siempre “en su caso” o “en caso de duda”. En el caso de autos el demandante, nacional de Ecuador, declaró venir a España a fin de realizar turismo, indicando una concreta estancia de diez días, la titularidad de un pasaje de avión de regreso para el décimo día posterior, la posesión de una suma dineraria –1.080 dólares–, y portar un voucher o bono de viaje para un hotel de Madrid, cuya reserva no fue confirmada por dicho hotel, que manifestó que no figuraba ninguna reserva a favor del recurrente. La Sala razona que las indicadas circunstancias no permiten deducir una sospecha fundada sobre la inverosimilitud del destino turístico manifestado y la frustrada reserva hotelera y el desconocimiento de los concretos destinos a visitar no pueden constituir, una vez contrastados los demás elementos, el soporte de la mencionada sospecha de inverosimilitud. En consecuencia, una interpretación más adecuada del art. 5.1.c) del Convenio para la aplicación del Tratado de Schengen hubiera conducido a afirmar la disconformidad a derecho de las resoluciones administrativas que denegaron la entrada del actor en territorio nacional, resoluciones administrativas que se anulan, así como se casa la Sentencia del TSJ de Madrid que confirmó las anteriores.

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. Derecho Comunitario: su desarrollo y aplicación no altera el orden constitucional de competencias. 3. Ley Orgánica: no se infringe la reserva relativa a los delitos que implican penas privativas de libertad cuando lo regulado por Ley Ordinaria integra el tipo definido por una "ley penal en blanco". 4. Bases.

A) Carácter excepcional de la admisibilidad del ejercicio por parte del Estado de funciones ejecutivas con fundamento en títulos competenciales de carácter básico. B) La falta de especificación formal del carácter básico de una regulación no excluye que materialmente se ajuste a lo dispuesto por la Constitución. 5. Ley. A) Reserva de Ley en materia de infracciones y sanciones: se vulnera cuando un reglamento regula esta materia sin Ley previa. B) Ley de Presupuestos. a) Constituyen contenido eventual de este tipo de leyes las disposiciones vinculadas a la política económica y financiera del sector público estatal. b) Pueden contener normas que tengan vigencia indefinida. C) Ley singular: sólo resulta admisible una Ley expropiatoria singular cuando no sea posible otro procedimiento, pues en otro caso, la disminución de garantías que supone su aplicación para los particulares afectados resulta contraria al principio de proporcionalidad.

D) Control de constitucionalidad de la Ley. a) La derogación del precepto impugnado junto con la posterior superación de la controversia competencial eliminan el fundamento del recurso de inconstitucionalidad interpuesto. b) La declaración de inconstitucionalidad de una Ley no impide diferir los efectos de su nulidad en garantía del interés público. 6. Reglamento. A) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. a) El trámite de audiencia no establece un derecho a alegar en una fase última e inmediata a la aprobación de la disposición general, ni un derecho de todas las asociaciones afectadas a realizar alegaciones. b) La falta de motivación específica y adecuada de las medidas propuestas a los fines que se persiguen, y la ausencia de estudio econó-

mico determinan la nulidad de una disposición general. B) Ordenanzas municipales.

a) Competencia de las Entidades Locales menores para la aprobación de una Ordenanza fiscal. Trámites para su elaboración. b) Cobertura legal de ordenanzas municipales sancionadoras. C) Impugnación indirecta de disposiciones de carácter general: el recurso debe basarse en la conculcación de preceptos sustantivos. **7. Principios constitucionales.**

A) Principio de igualdad. a) Su vulneración exige que el trato discriminatorio se produzca entre situaciones homogéneas. b) Discriminación de los trabajadores a tiempo parcial en relación con las prestaciones de la Seguridad Social. c) Se vulnera cuando se modifica un criterio jurisprudencial de forma ocasional y sin motivación suficiente.

d) Sólo en el caso de las campañas institucionales están obligadas las Administraciones Públicas a dar igual participación en la inserción de anuncios oficiales a las entidades publicitarias y a los medios de información. B) Principio de interdicción de la arbitrariedad: se vulnera cuando el Legislador incurre en discriminación. C) Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y principio de seguridad jurídica: no se vulneran por la ejecución de la condición resolutoria prevista en la liquidación provisional de un trienio extraordinario.

### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, hasta la referencia Ar. 1007 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. 66 de 2005.

La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 83/2005, de 7 de abril. Tiene especial interés en esta entrega la STC 48/2005, de 3 de marzo, que profundiza en los límites de la aplicación de la Ley singular en materia expropiatoria. El Tribunal expone que la Ley singular queda restringida a aquellos supuestos en que no sea posible otro procedimiento dado que la disminución de garantías que supone su aplicación para los particulares afectados resulta contraria al principio de proporcionalidad. El planteamiento que formula en esta materia el Tribunal Constitucional es aplicable con carácter general a todo tipo de leyes singulares.

## IV. Fuentes del Derecho

### **2. DERECHO COMUNITARIO: SU DESARROLLO Y APLICACIÓN NO ALTERA EL ORDEN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS**

La determinación de a qué ente público corresponde la ejecución del Derecho comunitario tanto en el plano normativo como en el puramente aplicativo se debe precisar caso por caso teniendo en cuenta los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en las materias afectadas. No obstante, corresponde al Estado establecer los sistemas de coordinación y cooperación que permitan evitar las irregularidades o las carencias en el cumplimiento de la normativa comunitaria, para garantizar el cumplimiento de las funciones que le atribuye el art. 93 CE (STC 33/2005, de 17 de febrero).

### **3. LEY ORGÁNICA: NO SE INFRINGE LA RESERVA RELATIVA A LOS DELITOS QUE IMPLICAN PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD CUANDO LO REGULADO POR LEY ORDINARIA INTEGRA EL TIPO DEFINIDO POR UNA “LEY PENAL EN BLANCO”**

En la STC 34/2005, de 17 de febrero, se cuestiona si el apartado 1 de la Disposición Adicional Decimoctava de la Ley 46/1985 de Presupuestos Generales del Estado infringe la reserva de Ley Orgánica que establece el art. 81.1 CE, dado que mediante el citado precepto legal ordinario se tipifica un delito que lleva aparejada una pena privativa de libertad. El Tribunal Constitucional aclara en esta sentencia que la reserva de ley que opera en materia penal no impide la existencia de posibles leyes penales en blanco, esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta jurídico-penal no se encuentra exhaustivamente prevista en ellas y que remiten para su integración a otras normas distintas que pueden tener incluso carácter reglamentario. A este respecto resulta exigible la concurrencia de los tres siguientes requisitos: en primer lugar, que el reenvío normativo sea expreso, en segundo término, que esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, y, finalmente, que la Ley, además de señalar la pena, dé certeza, es decir, sea de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando de esta manera salvaguardada la función de garantía del tipo, con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

Reitera esta doctrina jurisprudencial la STC 82/2005, de 6 de abril.

### **4. BASES**

#### **A) Carácter excepcional de la admisibilidad del ejercicio por parte del Estado de funciones ejecutivas con fundamento en títulos competenciales de carácter básico**

En la STC 33/2005, de 17 de febrero, se analiza la constitucionalidad de la atribución que hace el art. 2 del Real Decreto 85/1996 a la Administración General del Estado de la facultad para designar entidades de acreditación de verificadores medioambientales y la

designación de ENAC (Entidad Nacional de Acreditación) como entidad de acreditación efectuada en la Disposición Adicional Segunda de la misma norma. Los citados preceptos habilitan al Estado para designar entidades de acreditación que actúen en todo el territorio nacional, en concurrencia con las designadas por las Comunidades Autónomas, lo cual supone la atribución de funciones ejecutivas en materia de medio ambiente, que constitucional y estatutariamente corresponde a la Generalitat de Cataluña.

Sólo con carácter excepcional se admite la atribución de carácter básico al ejercicio de funciones ejecutivas por parte del Estado. En este sentido, no resulta fundamento suficiente para la atribución al Estado de la competencia controvertida, el alcance supraterritorial del ejercicio de la misma, superior al de una Comunidad Autónoma. El hecho de que los actos de las Comunidades Autónomas puedan originar consecuencias más allá de sus límites territoriales no puede dar lugar a que se les despoje de las facultades que les corresponden, porque ello equivaldría necesariamente a privarlas de toda capacidad de actuación.

Tampoco el hecho de que la acreditación realizada por las entidades designadas por las Comunidades Autónomas pueda tener trascendencia en el ámbito europeo justifica la atribución al Estado de esta competencia, ya que, como reiteradamente ha establecido el Tribunal Constitucional, el ingreso de España en la CEE y la consiguiente transposición de las normas de Derecho comunitario derivado no altera las reglas constitucionales de distribución de competencias.

Por lo que se refiere a la designación de ENAC como entidad de acreditación, el Tribunal rechaza que pueda responder a la finalidad de fijar un parámetro de carácter técnico al que deban ajustarse las entidades de acreditación designadas por las Comunidades Autónomas, pues el establecimiento de tal parámetro técnico no precisa de la reserva de funciones ejecutivas, pudiéndose alcanzar a través del ejercicio de las facultades legislativas que ostenta el Estado. El Estado posee amplias facultades normativas a través de las cuales puede establecer las características que deben poseer las entidades de acreditación, al objeto de garantizar su independencia y neutralidad, así como su solvencia y los requisitos que han de cumplir los verificadores medioambientales para poder ser acreditados, con plena satisfacción de los criterios previstos en la normativa comunitaria.

### **B) La falta de especificación formal del carácter básico de una regulación no excluye que materialmente se ajuste a lo dispuesto por la Constitución**

En la STC 81/2005, de 6 de abril, el Tribunal Constitucional resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento 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. Frente al hecho de que se cuestione el carácter básico de esta Ley, por no haber hecho el legislador estatal referencia expresa al mismo, el Tribunal resuelve que “aunque es, sin duda, cierto que de acuerdo con nuestro reiterado canon de enjuiciamiento el legislador estatal debió explicitar la cobertura constitucional que justifica su acción nor-

## IV. Fuentes del Derecho

mativa, pues ello es una exigencia del principio de seguridad jurídica en la dimensión de certidumbre que se corresponde con la necesaria articulación de las competencias básicas del Estado y de las autonómicas complementarias, sean de desarrollo legislativo y ejecución, sean de carácter exclusivo, también lo es que dicho canon permite que la falta de explicitación de la habilitación estatal no constituya un vicio insalvable de inconstitucionalidad en aquellas ocasiones en que la norma esté dotada de una estructura tal que permita inferir sin dificultad su carácter básico (FJ 6º)”.

Para el Tribunal Constitucional, en este caso “la inferencia indicada no requiere especial complicación”: “resulta indubitado que la Ley 3/1999 participa del carácter básico ex art 149.1.23 CE de que goza la Ley 4/1989 en lo relativo a la regulación de los parques nacionales que la misma contiene (disposición adicional quinta)” FJ 6º. A continuación el Tribunal aplica en relación con la regulación de esta Ley los criterios relativos a la competencia estatal en materia de medio ambiente que fueron detallados en la STC 194/2004 y en las SSTC 35 y 36/2005.

### 5. LEY

#### **A) Reserva de Ley en materia de infracciones y sanciones: se vulnera cuando un reglamento regula esta materia sin Ley previa**

En las SSTC 26/ 2005, de 14 de febrero y 54/2005, de 14 de marzo, el Tribunal declara que el art. 27.8 del Real Decreto 2738/1986, de 12 de diciembre, regulador de las actividades de importación y comercio mayorista y minorista de labores de tabaco vulnera el principio de legalidad sancionadora que consagra el art. 25.1 CE. El citado precepto no se limita a desarrollar y precisar los tipos de infracciones previamente establecidos en la Ley, sino que, por el contrario, regula esta materia sin sometimiento a la directriz legal previa alguna en cuanto a la tipificación de las conductas consideradas infractoras, lo que no puede admitirse en virtud del art. 25.1 CE. Para el Tribunal Constitucional, de la naturaleza de la relación existente entre el concesionario de la expeditoría y el Estado no puede derivarse el que se cuestione la aplicación del art. 25.1 CE.

#### **B) Ley de Presupuestos**

##### **a) Constituyen contenido eventual de este tipo de leyes las disposiciones vinculadas a la política económica y financiera del sector público estatal**

En la STC 34/2005, de 17 de febrero, se cuestiona si el apartado 1 de la Disposición Adicional Decimoctava de la Ley 46/1985 de Presupuestos Generales del Estado vulnera los arts. 66.2 y 134.2 CE, al establecerse en ella una regulación, que, a juicio de los órganos judiciales que la plantean, en principio no tiene cabida ni en el contenido mínimo ni en el eventual de la Ley de Presupuestos según la Constitución.

La citada Disposición Adicional dispone que “a los efectos de lo previsto en los arts. 1.1, 4, 3.2 y 3.3 de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, se entiende prohibida la circulación, comercio, tenencia o producción de billetes, boletos, sellos, cartones, resguardos, máquinas o cualquier otro elemento, incluso técnico o informativo, que constituya soporte en la práctica de juegos de azar, sorteos, loterías, rifas, tómbolas, quinielas, combinaciones aleatorias y, en general, todas aquellas actividades en las que se arriesguen cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables en forma de envites o traviesas sobre resultados”.

El Tribunal Constitucional declara que resulta evidente que el precepto enjuiciado carece de conexión con el contenido esencial o indisponible de las Leyes de presupuestos ya que no contiene determinación normativa alguna sobre la previsión de ingresos o de habilitación de gastos para el correspondiente ejercicio económico. Sin embargo, su regulación puede conectarse con el contenido eventual o disponible de dichas Leyes, ya que, si bien no tiene carácter estrictamente presupuestario, se dirige a ordenar la acción y objetivos de la política económica y financiera del sector público estatal, incidiendo en la política de ingresos y gastos del sector público. En consecuencia, no existe vulneración de los arts. 66.2 y 134.1 CE.

En el mismo sentido, STC 82/2005, de 6 de abril.

#### **b) Puede contener normas que tengan vigencia indefinida**

En la STC 34/2005, de 17 de febrero, se cuestiona si el apartado 1 de la Disposición Adicional Decimoctava de la Ley 46/1985 de Presupuestos Generales del Estado vulnera el principio de seguridad jurídica regulado en el art. 9.3 CE, al no indicarse si la vigencia del precepto cuestionado se limita al ejercicio presupuestario o se extiende de forma indefinida en el tiempo. El Tribunal aclara que toda norma incluida en el contenido eventual o disponible de la Ley de Presupuestos tiene, en principio, vigencia indefinida, salvo disposición expresa de Ley en contrario.

En el mismo sentido, STC 82/2005, de 6 de abril.

#### **C) Ley singular: sólo resulta admisible una Ley expropiatoria singular cuando no sea posible otro procedimiento, pues en otro caso, la disminución de garantías que supone su aplicación para los particulares afectados resulta contraria al principio de proporcionalidad**

En la STC 48/2005, de 3 de marzo, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en relación con la ley del Parlamento de Canarias 2/1992, de 26 de junio, sobre declaración de utilidad pública de la expropiación forzosa de determinados edificios para proceder a la ampliación de la sede del Parlamento de Canarias, por supuesta vulneración del art. 33.3 CE.

## IV. Fuentes del Derecho

El art. 33.3 CE exige que exista una *causa expropriandi*, la correspondiente indemnización a favor de los expropiados y un procedimiento expropiatorio que puede contener las especialidades procedimentales con respecto al procedimiento general que sean necesarias para hacer frente a la situación excepcional en cuyo contexto fáctico se dicte la ley expropiatoria singular. Las leyes expropiatorias singulares están constreñidas a supuestos estrictamente excepcionales, frente a los que no resulta posible responder mediante el sistema expropiatorio general contenido en las leyes generales. En los casos de las leyes expropiatorias singulares los afectados ven mermadas las posibilidades de discutir en Derecho el contenido de la decisión formalizada bajo la cobertura de la ley, pues contra ella no puede reaccionar en los mismos términos y con el mismo alcance que sí le cabrían frente a una actuación administrativa. Un acto legislativo expropiatorio sólo será constitucionalmente admisible si el control jurisdiccional que admiten las normas con rango de ley (recurso directo, cuestión y autocuestión de inconstitucionalidad, esta última previo amparo) es suficiente, en cada caso, para brindar una tutela materialmente equivalente a la que puede dispensar frente a un acto administrativo un Juez de lo contencioso.

La Ley singular sólo será admisible como instrumento para formalizar una expropiación si concurren circunstancias excepcionales que lo justifican, circunstancias que sólo podrán darse si la idoneidad de los bienes a expropiar es indiscutible en atención al fin legítimamente perseguido y si la naturaleza misma de esos bienes, su identidad, diversidad o localización convierten en imposible, por insuficiente, el recurso a la simple acción administrativa.

En el caso que resuelve la **STC 48/2005** no concurren circunstancias excepcionales que exijan la forma de Ley expropiatoria singular. En este sentido, si bien no resulta cuestionable la declaración legal de la *causa expropriandi* por parte del legislador autonómico, no se justifica de forma razonable la elección concreta de los edificios sometidos a necesidad de ocupación a través de una Ley. El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de los preceptos legales en virtud de los cuales se declara la necesidad de ocupación de los inmuebles concretos, dado que dicha previsión legal vulnera el principio de proporcionalidad al no concurrir circunstancias excepcionales que justifiquen la forma de Ley y no quedar garantizada la defensa de los derechos e intereses de los particulares expropiados.

### D) Control de constitucionalidad de la Ley

#### a) La derogación del precepto impugnado junto con la posterior superación de la controversia competencial eliminan el fundamento del recurso de inconstitucionalidad interpuesto

El Parlamento de Canarias interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el art. 165 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social que alteraba el régimen de subvenciones al transporte aéreo de ciudadanos residentes en las Islas Canarias, por vulneración de la Disposición Adicional Tercera de la Constitución y del art. 46 del Estatuto de Autonomía de Canarias como consecuencia de la

modificación del régimen especial en materia económica y fiscal de Canarias sin haberse solicitado el preceptivo informe del Parlamento de Canarias. Dicho art. 165 ha perdido toda su vigencia tras la aprobación del art. 102 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre. Además resulta decisivo comprobar que el Estado ha cumplimentado el trámite del informe previsto en la Disposición Adicional Tercera CE y en el art. 46 EA Can, en algunos casos hasta por dos veces (a petición del Congreso y, posteriormente, del Senado), en todas las leyes de medidas fiscales, administrativas y de orden social en las que ha regulado esta materia.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional entiende que ha decaído la controversia competencial que fundamenta el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento canario, no sólo en razón de la pérdida de vigencia de la norma impugnada sino también en atención al reconocimiento *de facto* por el Estado de la procedencia del informe cuya falta de solicitud fundamentó el recurso interpuesto (STC 67/2005, de 15 de marzo). Sobre esta cuestión, *vid.* STC 137/2003 [JA, núm. 22.IV.4.C)].

### **b) La declaración de inconstitucionalidad de una Ley no impide diferir los efectos de su nulidad en garantía del interés público**

En las SSTC 36/2005, de 17 de febrero y 35/2005, también de 17 de febrero, los Gobiernos de Aragón y Andalucía interponen sendos recursos de inconstitucionalidad en relación con la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/2002, de 1 de julio, por la que se declara el Parque Nacional marítimo-terrestre de las Islas Atlánticas de Galicia en cuanto modifica determinados preceptos de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres. El Tribunal Constitucional resuelve este recurso aplicando la jurisprudencia establecida en la STC 194/2004 [Vid. JA núm. 27.IV.2 y 4.C)].

Tiene interés destacar que en estas sentencias, al igual que en la STC 194/2004 (FJ 24º), se reitera la doctrina establecida en la STC 195/1998, de 1 de octubre, en cuyo FJ 5º se disponía que, dado que la inmediata nulidad de los preceptos declarados inconstitucionales podría provocar una desprotección medioambiental de la zona con graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales en juego y con afectación de situaciones y actuaciones jurídicas consolidadas, la declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos no lleva aparejada su inmediata declaración de nulidad, la cual se difiere hasta el momento en que las Comunidades Autónomas regulen las modalidades de gestión de los parques nacionales de su competencia.

En el mismo sentido se pronuncia la STC 81/2005, de 6 de abril, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento 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.

### 6. REGLAMENTO

#### A) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

##### a) El trámite de audiencia no establece un derecho a alegar en una fase última e inmediata a la aprobación de la disposición general, ni un derecho de todas las asociaciones afectadas a realizar alegaciones

La STS de 15 de noviembre de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 7442, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Federación de Asociaciones Agrarias Jóvenes Agricultores de Andalucía y la Junta de Andalucía contra STSJ de Andalucía sobre el Decreto 155/1998, por el que se aprueba el Reglamento de las Vías Pecuarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La Federación alegó en su escrito de demanda que no podía considerarse cumplido el trámite de audiencia a las entidades interesadas del art. 130.4 LPA, pues si bien la Federación tuvo la oportunidad de formular alegaciones respecto al proyecto del Decreto, posteriormente a este trámite se introdujeron importantes modificaciones en el texto del mismo que finalmente fue aprobado sin que se pudieran formular más alegaciones. Con respecto a este argumento afirma el Tribunal que, según su propia jurisprudencia y la naturaleza de los trámites de información pública y audiencia del art. 130.4 y 5 LPA, el trámite de audiencia no garantiza a los administrados un derecho a alegar en una fase última e inmediata a la aprobación de la disposición general de que se trate. Puesto que el objeto de este trámite es garantizar el derecho de participación de los ciudadanos, permitiéndoles formular observaciones que contribuyan al acierto en la resolución, es posible que después del trámite de audiencia se produzcan modificaciones en el texto de la disposición general en elaboración sin que por ello haya de repetirse. Claro es que para que dichos trámites puedan considerarse válidamente observados, es necesario que el texto finalmente aprobado guarde una coherencia interna con el que fue sometido a los ciudadanos, de forma que éstos hayan podido pronunciarse sobre las líneas fundamentales de la disposición aprobada, sin perjuicio de que en ésta durante el proceso de elaboración se hayan podido introducir las mejoras consideradas convenientes.

En la STS de 12 de noviembre de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 184, resuelve el Tribunal el recurso contencioso directo interpuesto por Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos-Iniciativa Rural del Estado Español contra el Real Decreto 459/2002 por el que se modifican los Reglamentos generales sobre Inscripción de Empresas, Afiliación, Altas y Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social y sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, respecto del Régimen Especial Agrario.

Alega la parte recurrente que se ha infringido el art. 24 de la Ley del Gobierno al no haberse oído en la elaboración de la citada disposición general, quebrantándose así el mandato de dar audiencia a las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley que agrupen o representen a ciudadanos cuyos intereses resulten afectados. Responde el Tribunal que hubiera sido aconsejable y pertinente oír a la organización demandante, teniendo en cuenta los intereses que representa, y al no haberse otorgado audiencia en

la elaboración de la norma de que se trata se incurrió en una irregularidad, porque, en definitiva, otorgar una amplia audiencia a los interesados es una garantía del acierto de la disposición. Pero la existencia de esa irregularidad es cosa distinta de que según la normativa aplicable la audiencia sea preceptiva respecto a todas las organizaciones y que éstas tengan un derecho subjetivo a la audiencia (ni siquiera aunque se cuenten entre las más representativas), y la vulneración de ese derecho implique la nulidad de la disposición. Tal y como ha establecido una jurisprudencia reiterada, en la elaboración de disposiciones de carácter general no es preceptiva la audiencia de las organizaciones, más que si se trata de las que son de afiliación obligatoria, que no es el caso de la recurrente.

En este mismo sentido, aunque con algunos matices, se pronuncia el Tribunal en la **STS de 8 de noviembre de 2004**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 167, relativa a la impugnación de un reglamento en materia de sanidad animal por el Consejo General de Colegios Oficiales de Veterinarios de España al considerar vulnerado los arts. 24 de la Ley del Gobierno, 2.2 de la Ley de Colegios Profesionales, y 6.1.d) del Real Decreto 1840/2000 por el que se aprueban los Estatutos de los Colegios Oficiales de Veterinarios.

Considera el Tribunal que hubiera sido adecuado someter el proyecto al informe del Consejo General recurrente, pero que su ausencia no determina la nulidad de la disposición. El caso planteado representa un supuesto límite, no obstante la existencia de reiterada doctrina jurisprudencial, según la cual en casos como el presente es preceptivo el informe de las Asociaciones y Corporaciones de afiliación obligatoria como son los Colegios profesionales, hay que realizar una interpretación conjunta e integradora con los preceptos de la Ley de Colegios Profesionales, y evidentemente no son idénticos los supuestos en que se aprueba una normativa que regula las condiciones generales del ejercicio de una profesión, en cuyo caso el informe de los Colegios Profesionales es preceptivo, que aquellos otros en que simplemente se menciona a la profesión competente sin que se impongan condicionamientos o límites al ejercicio profesional, en los que el informe tendría carácter meramente facultativo. Luego, al considerar que el informe omitido hubiera sido facultativo, hay que concluir que no se han vulnerado las normas reguladoras del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.

**b) La falta de motivación específica y adecuada de las medidas propuestas a los fines que se persiguen, y la ausencia de estudio económico determinan la nulidad de una disposición general**

La **STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2005**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 51, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución contra el Decreto 346/2001, de 24 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 17/2000, de 29 de diciembre, de equipamientos comerciales. La parte recurrente alega la falta de motivación de formación de la disposición de carácter general, por entender que la memoria del anteproyecto de Decreto no cumple con los requisitos mínimos que impone la Ley 13/1989, de Organi-

## IV. Fuentes del Derecho

zación, Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Generalidad, para la elaboración de una norma de carácter general, como tampoco lo cumple el estudio económico, que puede considerarse inexistente.

Para dar respuesta a las pretensiones de la parte recurrente procede el Tribunal al análisis del texto normativo impugnado, confirmando que las manifestaciones recogidas en el mismo en torno a su motivación, sólo pueden ser entendidas como un buen deseo de lo que efectivamente debería haber sido una justificación razonable de la oportunidad y adecuación de las medidas propuestas y un estudio económico, ya que basta una simple lectura del contenido de la memoria para poder afirmar, sin ningún género de dudas, que la oportunidad y adecuación de las medidas propuestas, consiste, lisa y llanamente, en una transcripción de aquellos preceptos de la Ley 17/2000, de equipamientos comerciales, que prevén un desarrollo reglamentario, y el estudio económico carece de una previsión de las repercusiones que en función del coste-beneficio se derivan del reglamento. Así pues, aspectos relevantes que la Ley 17/2000, de 29 de diciembre, de equipamientos comerciales, determina que deben fijarse en el reglamento, como son el régimen especial que determine el criterio para la consideración de establecimiento situado en el centro urbano (art. 5.7), o los criterios para medir el grado de concentración empresarial en el mercado y para definir el área de influencia de un gran establecimiento comercial (art. 6.5), carecen de la más mínima motivación específica y adecuada en el texto del Decreto, siendo de todo punto necesario que consten en el expediente administrativo debidamente razonados los concretos criterios utilizados en el desarrollo de la Ley, más aún cuando, como ocurre en el art. b) del Decreto impugnado, los utilizados para la descripción de una “concentración comercial” no se corresponden con los establecidos en el art. 2.3 de la Ley al regular los establecimientos colectivos. Con ello se cubre sólo formalmente el trámite procedimental, pero no se justifica, en una disposición de carácter general que tiene una extraordinaria repercusión económica como es el Decreto aquí impugnado, ni la oportunidad y la adecuación de las medidas propuestas a los fines que se persiguen, ni existe un verdadero estudio económico, como el juicio de legalidad de una norma reglamentaria exige, con el objeto de comprobar que constituye una manifestación del ejercicio de la potestad reglamentaria al servicio del interés general perseguido y no una manifestación de arbitrariedad, proscrita a los poderes públicos por el art. 9.3 de la Constitución.

### **B) Ordenanzas municipales**

#### **a) Competencia de las Entidades Locales menores para la aprobación de una Ordenanza Fiscal. Trámites para su elaboración**

La STSJ de Castilla y León de 5 de noviembre de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 1500, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Pancorbo contra Acuerdo de la Junta Vecinal de Obarenes de 27 de febrero de 2002, relativo a la aprobación de la ordenanza fiscal reguladora de tasa de aprovechamientos de pastos y leñas de los montes, propiedad de dicha Junta, de la Sierra de Uloba. Alega la parte recurrente la falta de competencia de la Junta Vecinal para aprobar dicha ordenanza, así como la vulneración del trámite de audiencia, que se

confundió con el de información pública, lo que impidió su participación en el procedimiento de elaboración de la Ordenanza, a pesar de tener la condición de interesado, infringiendo los arts. 49 LBRL y 63 LRJPAC. Al respecto, responde el Tribunal que la Junta Vecinal de Obarenes ostenta legalmente la competencia para tramitar y aprobar la imposición de referidas tasas y de la correspondiente Ordenanza reguladoras de los aprovechamientos de pastos y leñas propiedad de la misma, y que además en la adopción de los acuerdos en los que se aprueban tales disposiciones generales se respetan los trámites previstos tanto en el art. 49 LBRL, como en los arts. 17 y 25 de la Ley 39/1998. Y ello es así por cuanto que existe una aprobación inicial y provisional por la Junta Vecinal, existe un informe técnico-económico, se publica tal aprobación en el BOP, existe un período de información pública, durante el cual se formulan alegaciones por el Ayuntamiento demandante, se practican pruebas a instancia de la Corporación demandada, y finalmente la Junta vecinal, además de resolver desestimando tales alegaciones, notificándose a la parte demandante, se aprueba la imposición de las tasas y también se aprueba la redacción definitiva de las Ordenanzas Fiscales. Por tanto, desde este punto de vista no se aprecian defectos formales ni irregularidades en la tramitación del citado procedimiento que determinen su nulidad al amparo del art. 62 de la Ley 30/1992, ni tampoco su anulabilidad al amparo del art. 63 de la misma Ley.

### **b) Cobertura legal de ordenanzas municipales sancionadoras**

En la **STSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2004**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 18655, se da respuesta al recurso contencioso-administrativo interpuesto por Canal de Isabel II contra Decreto de la Concejal delegada de obras e infraestructuras del Ayuntamiento de Madrid de 16 de diciembre de 2002, relativa a la imposición de una sanción por infracción de una ordenanza municipal. La parte recurrente cuestiona la cobertura legal de la ordenanza para tipificar el hecho de no solicitar licencia de obras en el plazo de tres días desde la emisión del permiso de urgencia para reparación de avería.

El Tribunal, a la luz de la doctrina constitucional, apunta que el art. 25.1 CE proscribiera toda habilitación reglamentaria vacía de contenido material propio, si bien esta doctrina, establecida para las relaciones entre ley y reglamentos, debe flexibilizarse en su aplicación cuando se trata de ordenanzas municipales en virtud de la autonomía local, y del carácter representativo del órgano que aprueba dichas normas, el Pleno municipal. Ahora bien, de la Ley derivan en cualquier caso dos exigencias mínimas: la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones y que la Ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales. Estas exigencias se cumplen en el caso de autos por el art. 204.3 de la Ley 9/2001 de la Comunidad de Madrid que tipifica la “la realización de actos y actividades de transformación del suelo mediante la realización de obras, construcciones, edificaciones o instalaciones sin la cobertura formal de las aprobaciones, calificaciones, autorizaciones, licencias u órdenes de ejecución preceptivas o contraviniendo las condiciones de las otorgadas, salvo que se trate de obras

## IV. Fuentes del Derecho

menores, no precisadas legalmente de proyecto técnico alguno y con escasa repercusión en el ambiente urbano, rural o natural. De darse esta última salvedad, la infracción tendrá carácter de leve”, y por el art. 218 del mismo texto legal que en relación con actividades que perturben el uso público establece que “cuando la infracción se realice sobre bienes no susceptibles de valoración por estar excluidos de modo permanente y total del tráfico jurídico, la multa podrá oscilar entre 600 y 30.000 euros, graduándose en función de la mayor o menor trascendencia que la perturbación ocasione al uso público”, coincidiendo esta multa con la prevista en la mencionada Ordenanza.

La misma argumentación emplea el TSJ de Madrid en la resolución de los recursos de apelación interpuestos contra las Sentencias desestimatorias de los recursos contencioso-administrativo contra Decreto de la concejal delegada de Obras del Ayuntamiento de Madrid de 29 de noviembre de 2002, relativo a imposición de sanción por realización de obras sin utilización de vallas definidas en ordenanza municipal (**SSTSJ de Madrid de 23 de noviembre de 2004**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 18426, **de 10 de diciembre de 2004**, Ar. 39104, y **de 14 de diciembre de 2004**, Ar. 76). Aunque, en estos casos, al aplicar la citada doctrina constitucional, el Tribunal constató la inexistencia de una norma con rango 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. Considerándose insuficiente para tal fin el art. 201 de la Ley Territorial 9/2001, que sólo contiene el 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. De modo que al tipificar *ex novo* una conducta la Ordenanza General de obras, servicios e instalaciones en las Vías públicas y espacios públicos municipales aprobada por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 22 de mayo de 2002, infringe el derecho fundamental a que la sanción esté definida en una Ley (art. 25.1 CE).

### **C) Impugnación indirecta de disposiciones de carácter general: el recurso debe basarse en la conculcación de preceptos sustantivos**

La STSJ del País Vasco de 26 de noviembre de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Diputación Foral de Vizcaya y un particular contra la desestimación del recurso de reposición relativo al Decreto 58/2001 del Ayuntamiento de Gordexola que denegaba la autorización para plantar pino insignis en ciertas fincas catastrales de la propiedad rústica de dicho Consistorio.

En el transcurso de su argumentación apunta el Tribunal que la impugnación indirecta de Reglamentos no puede fundarse en defectos exclusivamente formales, incluida la omisión del dictamen del Consejo de Estado, lo cual ni supone de ningún modo excluir el control jurisdiccional en cuanto al fondo de la validez de este tipo de normas contrastándolas con las legales que desarrollan o en las que se apoyan y esto tanto si se emitió como si se omitió cualquier informe previo preceptivo de carácter no vinculante para el Órgano Administrativo que las dictó ni para esta jurisdicción revisora. Tiene que existir, por tanto, necesariamente una remisión a la conculcación de preceptos de carácter sustantivo.

## 7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

### A) Principio de igualdad

#### a) Su vulneración exige que el trato discriminatorio se produzca entre situaciones homogéneas

En la STC 57/2005, de 14 de marzo, se plantea la vulneración del principio de igualdad ante la Ley por el trato discriminatorio que el legislador dispensa a las personas que por decisión judicial tienen que abonar pensiones de alimentos a los hijos, –pensiones que conforme al art. 72.2 L IRPF, no pueden deducirse en la base del impuesto sobre la renta de las personas físicas–, frente a quienes satisfacen pensiones compensatorias a los cónyuges o pensiones de alimentos a familiares distintos de los hijos que, de acuerdo con el citado precepto, sí admiten la deducción.

El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto, dado que debido a la diferente naturaleza de las pensiones de alimentos a los hijos respecto de las pensiones compensatorias y de alimentos a parientes, no concurren las exigencias para poder apreciar la vulneración del art. 14 en relación con el art. 31.1, ambos de la Constitución, al ser condición indispensable que los términos de comparación que se aportan para ilustrar la desigualdad denunciada sean homogéneos, requisito esencial que no concurre en este caso.

#### b) Discriminación de los trabajadores a tiempo parcial en relación con las prestaciones de la Seguridad Social

En las SSTC 49/2005, de 14 de marzo y 50/2005, también de 14 de marzo, se resuelven sendos recursos de amparo interpuestos por vulneración del derecho a la igualdad en la Ley (art. 12.4, párrafo 2º, ET) como consecuencia de la denegación de pensiones de la Seguridad Social a trabajadores a tiempo parcial.

La denegación estaba vinculada al hecho de que el citado párrafo del art. 12.4 ET disponía que para determinar los períodos de cotización de las prestaciones de la Seguridad Social, incluida la prestación por desempleo, se computaran exclusivamente las horas trabajadas, lo que perjudicaba a los trabajadores a tiempo parcial, que en su mayoría son mujeres.

Esta cuestión ha quedado resuelta en la STC 253/2004, de 22 de diciembre, a la que se hizo referencia en el número anterior [JA, núm. 27.IV.7.B)] se declara la inconstitucionalidad del párrafo 2º del art. 12.4 ET por lesionar el principio de igualdad en la Ley (art. 14 CE), tanto por conducir a una desigualdad de tratamiento desproporcionada entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, como por implicar una discriminación indirecta por razón de sexo, dado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres.

## IV. Fuentes del Derecho

### c) Se vulnera cuando se modifica un criterio jurisprudencial de forma ocasional y sin motivación suficiente

En la **STC 29/2005, de 14 de febrero**, se resuelve un recurso de amparo interpuesto contra una sentencia que estima una acción de reclamación de filiación extramatrimonial, al separarse dicha sentencia, sin motivar ni justificar el cambio de criterio, de su consolidada doctrina y de la del Tribunal Constitucional, sobre el valor probatorio de la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en la Sentencia recurrida en amparo, al atribuir al demandante la paternidad reclamada con base única y exclusivamente en la negativa de éste a someterse a la prueba biológica, prescindiendo del resto de la prueba practicada en el proceso y de la valoración conjunta de aquélla y ésta, se ha separado de una consolidada línea jurisprudencial que no sólo se venía manteniendo con normal y total uniformidad antes de adoptar la decisión divergente que es objeto de recurso, sino que también se ha continuado con posterioridad y persiste en la actualidad. Esta doctrina jurisprudencial determina que la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad no constituye base suficiente para suponer una *ficta confessio*, aunque representa o puede representar un indicio valioso que puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida. En consecuencia, el Tribunal entiende que la Sentencia enjuiciada vulnera el principio de igualdad en la aplicación de la Ley.

Sobre esta misma cuestión tiene interés analizar el siguiente supuesto en el que el Tribunal resuelve en sentido contrario por entender justificado el cambio jurisprudencial que supone la sentencia que se recurre en amparo por vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE).

Se trata de la **STC 76/2005, de 4 de abril**, en la que el Tribunal Constitucional resuelve el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia 335/2002 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia por vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley. Los recurrentes alegan que les debe ser abonado el complemento de dedicación especial que perciben los Suboficiales de la Armada sin que la antigüedad pueda ser un criterio que justifique su discriminación. Fundamentan que la Sentencia 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 que habían sido aportadas sobre esta misma cuestión.

El Tribunal Constitucional justifica que la Sentencia impugnada no determina una ruptura ocasional y aislada de la jurisprudencia anterior, sino que supone un cambio de criterio jurisprudencial que se sucede temporalmente y que en el ejercicio de la potestad jurisdiccional conferida con carácter exclusivo al órgano judicial ex art. 117.3 CE responde a una distinta concepción jurídica igualmente razonable y fundada en Derecho. Dado que se trata de un cambio jurisprudencial consciente y justificado, con vocación de generalidad suficiente para impedir su calificación como “irreflexivo, arbitrario, ocasional e inesperado”, el Tribunal desestima la vulneración en este caso del principio de igualdad en la aplicación jurisdiccional de la Ley.

**d) Sólo en el caso de las campañas institucionales están obligadas las Administraciones Públicas a dar igual participación en la inserción de anuncios oficiales a las entidades publicitarias y a los medios de información**

La STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de noviembre de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un periódico local contra la Resolución presunta de la Consejería de Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, relativa a contratos de inserción de publicidad institucional.

La parte recurrente alega en su demanda la vulneración de su derecho a disfrutar en condiciones de igualdad de la difusión de inserciones publicitarias de la Junta de Comunidades, y solicita del Tribunal la condena de la Administración demandada a proporcionar al citado periódico inserciones publicitarias en las campañas publicitarias que promoció, así como a pagar la indemnización de los daños y perjuicios padecidos por la privación de publicidad institucional sufrida.

Frente a estos argumentos, afirma el Tribunal que es un elemento determinante a los efectos de la vulneración del principio de igualdad de la Ley, la presencia de dos presupuestos esenciales cuales son la aportación de un término estricto de comparación que acredite la igualdad de supuestos y que se trate de un cambio de criterio inmotivado o con motivación irrazonable o arbitraria. De forma que toda queja de desigualdad requiere un término de comparación homogéneo, una diferencia de trato carente de fundamento y una mínima argumentación sobre la falta de justificación del trato que se recibe, llegándose así a la consideración que consiste en determinar que el art. 14 CE no ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, esto es, el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato, como también reconoce la jurisprudencia constitucional.

Además, en el concreto ámbito de la publicidad institucional, una consolidada jurisprudencia viene afirmando que se infringe el principio de igualdad reconocido por el art. 14 CE cuando en la contratación de una campaña institucional se excluye a un periódico en concreto, con tirada superior y tarifas que no exceden de la de otros diarios con los que se había contratado la publicidad; esto es, sustancialmente, cuando se produce una diferencia de trato con las demás publicaciones que pueda considerarse que adquiere la categoría jurídica de discriminación, en cuanto aparezca desprovista de base objetiva. De modo que, las Administraciones públicas no están obligadas a dar igual participación en la inserción de anuncios oficiales a las entidades publicitarias y los medios de información más que en el caso de que se realicen campañas institucionales. No se vulneraría el principio de igualdad cuando se trate de la inserción en medios de comunicación social de anuncios derivados de la actividad cotidiana de las Administraciones, pues en tal caso, es decir, cuando no se trate de campañas institucionales, el ente administrativo es libre para confiar aquellas inserciones publicitarias a los medios de su elección, citando como uno de los más típicos ejemplos de publicación de la actividad cotidiana de la Administración

## IV. Fuentes del Derecho

el de la publicación de un Bando Municipal. Por lo que, a la vista de este razonamiento y dadas las circunstancias del caso, el recurso es desestimado por el Tribunal.

### **B) Principio de interdicción de la arbitrariedad: se vulnera cuando el Legislador incurre en discriminación**

En la **STC 47/2005, de 3 de marzo**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos de la Ley valenciana 2/1996, de 27 de diciembre, en virtud de los cuales determinados centros de la Universidad de Alicante se readscriben a la Universidad Miguel Hernández, de Elche, creada por la misma Ley.

La adscripción de los centros no forma parte del derecho a la autonomía universitaria según reiterada jurisprudencia constitucional, sino que constituye una competencia del legislador autonómico. Para el Tribunal Constitucional la calificación de una Ley como arbitraria, a efectos de apreciar la vulneración del art. 9.3 CE, exige una cierta prudencia. El control de inconstitucionalidad de las leyes debe ejercerse de forma que no imponga restricciones indebidas al Poder Legislativo y respete sus opciones políticas.

La jurisprudencia constitucional aclara que la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad tiene lugar si la Ley produce una discriminación, pues la discriminación entraña siempre arbitrariedad sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias. En este sentido, no puede decirse que la Ley valenciana 2/1996 carezca de toda justificación razonable, aunque pueda discreparse legítimamente de la concreta solución adoptada, por lo que no cabe discutir una opción tomada por el legislador que, aunque pueda ser discutible, no resulta arbitraria ni irracional.

### **C) Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y principio de seguridad jurídica: no se vulneran por la ejecución de la condición resolutoria prevista en la liquidación provisional de un trienio extraordinario**

En la **STC 83/2005, de 7 de abril**, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con la regulación de 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. Esta Ley Foral 17/1994 se dicta para regular el fraccionamiento del pago del reintegro de un quinquenio extraordinario cuya aplicación había declarado improcedente el Tribunal Supremo.

La Administración previamente había reconocido el derecho a percibir el quinquenio en cuestión en relación con determinados funcionarios si bien dicha decisión quedaba sometida a la condición resolutoria de que los Tribunales lo declarasen inaplicable.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional expone que la Ley cuestionada no vulnera el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales garantizado en el art. 9.3 CE. El Tribunal aclara que dicha Ley reguladora de la forma de efectuar el reintegro del quinquenio no se refiere a situaciones

jurídicas fenecidas con efectos jurídicos ya producidos y agotados; se trata de situaciones definidas por actos administrativos sometidos a condición resolutoria, condición que se produce con carácter previo a dicha regulación legal. La consecuencia jurídica de la devolución de las 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 para el caso de que así lo decidieran los Tribunales.

Tampoco ha sido vulnerado el principio de seguridad jurídica ya que las propias liquidaciones provisionales advertían de su carácter condicionado y eventualmente claudicante. No cabe, en consecuencia, entender que ha sido infringido el principio de seguridad jurídica ya que no cabe fundar razonablemente ninguna expectativa de mantenimiento incondicionado de una situación patrimonial cuando ésta se produce expresamente sometida a condición. Si se produce la condición resolutoria —en este caso, la sentencia en virtud de la cual los Tribunales declaran inaplicable el pago del quinquenio en relación con determinados funcionarios—, surge la obligación del reintegro. La Ley Foral 17/1994 regula el procedimiento para realizar dicho reintegro.

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. Requisitos del acto administrativo.** A) Motivación.

a) No hay ausencia de motivación cuando simplemente se discrepa sobre el acierto de lo alegado por la Administración. b) La motivación no exige un razonamiento exhaustivo, es suficiente que sea sucinta con referencia a los hechos y fundamentos de derecho. B) Cumplimiento de los requisitos para la adquisición de un derecho.

a) No existe indefensión cuando se deniega una subvención regulada en dos normativas distintas por no cumplir los requisitos previstos en una de ellas. b) Inadmisión en un procedimiento selectivo por incumplimiento de los requisitos necesarios pese a que inicialmente se había producido la admisión. **3. Procedimiento administrativo.**

A) Informes administrativos. a) Validez y eficacia de un informe emitido fuera de plazo. B) Audiencia. a) Se produce indefensión cuando se omite el trámite de audiencia

en la medida que en la resolución administrativa dictada se han tenido en cuenta otros hechos y otras alegaciones distintas a las formuladas inicialmente por el interesado. b) Se produce indefensión cuando se omite el trámite de audiencia en un procedimiento de renovación del permiso de residencia a un extranjero. C) Silencio administrativo. a) Conforme a la regulación del silencio administrativo en las licencias de actividad no cabe entender que éste se produce si no ha tenido lugar denuncia previa de la mora. b) Conforme a la LRJPAC nada impide que la Administración pueda dictar resolución expresa una vez transcurrido el plazo para resolver aunque le está prohibido dictar una resolución expresa denegatoria cuando el silencio tiene un sentido positivo. Tampoco cabe entender producido el silencio negativo cuando se ha demorado el procedimiento administrativo aunque sea por causas imputables al particular si es consentido por la Administración. c) Se considera que tiene carácter desestimatorio el silencio

de la Administración ante la solicitud del título de Obtención Vegetal de una variedad de semilla y de su inscripción en el registro de variedades protegidas. D) Caducidad.

a) Anulada la declaración de caducidad de un expediente administrativo incoado de oficio se convierten en ilegales las medidas que la Administración impone en virtud de dicho expediente, y resultan indemnizables los perjuicios causados al particular por la imposición de tales medidas. b) No se produce en un procedimiento de restauración de la legalidad urbanística en el que se dicta una Orden de demolición de lo edificado pese a que el Tribunal reconoce que no se establece en la normativa aplicable un plazo para dictar la resolución. E) Procedimiento sancionador. a) Un procedimiento sobre la idoneidad de un juez para serlo no constituye un procedimiento sancionador.

F) Normativa aplicable. a) Normativa aplicable a la resolución que pone fin a un procedimiento de autorización administrativa. **4. Invalidez.** A) Defectos formales. a) Nulidad improcedente de la falta de notificación de hoja de aprecio y fijación de criterios de valoración en expediente expropiatorio: indefensión inexistente. b) Actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido: nulidad improcedente. B) Incompetencia. a) Nulidad improcedente por subsanación de superior jerárquico. C) Defectos materiales. a) Actos de contenido imposible: no hay que confundir ilegalidad con imposibilidad. **5. Eficacia y ejecución forzosa.** A) Ejecutividad de los actos administrativos y derecho a la tutela judicial efectiva. Distinción entre ejecutividad y actividad de ejecución. **6. Eliminación del acto.** A) Impugnación. a) Diferencias sobre la validez de los actos de aplicación según se interponga un recurso directo o un recurso indirecto frente a una disposición administrativa de carácter general. B) Revisión de oficio. a) La falta de impugnación de un acto radicalmente nulo no impide la posibilidad de solicitar la declaración de oficio de la nulidad de pleno derecho de dicho acto conforme al art. 102 LRJPAC. b) Es necesario seguir el procedimiento de revisión de oficio cuando se trata de modificar los efectos de un “acto por vía de hecho documentado”. c) No se produce caducidad del procedimiento de revisión de oficio por transcurso de tiempo, porque este proceso quedara suspendido durante el tiempo que medió entre la petición del dictamen del Consejo de Estado y su recepción. d) La admisión inicial en un procedimiento selectivo no constituye un acto declarativo de derechos que exija seguir para su revocación el procedimiento de revisión de oficio de los arts. 102 y 103 LRJPAC.

### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de julio a noviembre de 2004 con respecto a las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, y de los meses de junio a noviembre por lo que respecta a las del Tribunal Supremo. En este período se sigue la jurisprudencia consolidada en cuestiones relativas a los requisitos del acto y al procedimiento administrativo. Presenta interés un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la anulación de la declaración de caducidad de un procedimiento iniciado de oficio, en el que se sostiene que, declarada aquélla, resultan asimismo nulas las medidas que la Administración adopta en virtud de dicho expediente, y se consideran asimismo indemnizables los daños y perjuicios que puedan haberse causado al particular con la adopción de dichas medidas. Es de indudable interés otro pronunciamiento del mismo tribunal en relación con las resoluciones tardías de la Administración, adoptadas con posterioridad a la producción de los efectos del silencio.

### 2. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

#### A) Motivación

#### a) No hay ausencia de motivación cuando simplemente se discrepa sobre el acierto de lo alegado por la Administración

Así lo entiende la STS de 13 de julio de 2004, Ar. 7665, en la que se impugnó la resolución de la Comunidad Autónoma por la que se confirmaba el criterio de no clasificar como suelo apto para urbanizar y sí como suelo no urbanizable especialmente protegido determinada zona.

#### b) La motivación no exige un razonamiento exhaustivo, es suficiente que sea sucinta con referencia a los hechos y fundamentos de derecho

Esto sostienen la STS de 21 de septiembre de 2004, Ar. 8163, y la STS de 28 de septiembre de 2004, Ar. 8164, en relación con la denegación administrativa de la condición de refugiado a un nacional de Ecuador, y a otro de Irak, respectivamente. En esta sentencia se recuerda la finalidad de la exigencia de motivación de los actos administrativos que no es otra “que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados en el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación de la Administración)”.

**B) Cumplimiento de los requisitos para la adquisición de un derecho****a) No existe indefensión cuando se deniega una subvención regulada en dos normativas distintas por no cumplir los requisitos previstos en una de ellas**

De este supuesto conoce la STS de 22 de noviembre de 2004, Ar. 7458, en la que se deniega por el Ministerio de Economía y Hacienda una subvención para la ampliación y traslado de una actividad de elaboración y envasado de aceites de oliva con base a que en la normativa que regula dicha subvención se proscribe el aumento de la capacidad productiva de la actividad subvencionable. Así lo entiende el Tribunal, sin perjuicio de que otra norma también aplicable a la subvención, destinada a reducir las diferencias de situación económica en el territorio nacional, hubiera permitido su concesión. Aplica en este caso el Tribunal el criterio de *lex specialis*: “(...) ni cabe una interpretación separada de cada ramo de la actividad administrativa de fomento, ni es posible prescindir de lo establecido en la política sectorial para cada sector específico de que se trate”.

**b) Inadmisión en un procedimiento selectivo por incumplimiento de los requisitos necesarios pese a que inicialmente se había producido la admisión**

Es el supuesto del que conoce la STS de 22 de noviembre de 2004, Ar. 8101, en relación con las resoluciones de un Tribunal Calificador de oposiciones convocadas para el ingreso en el Cuerpo de Médicos Forenses, que excluyó de esas pruebas selectivas después de haber sido inicialmente admitido un médico que cumplió la edad de jubilación antes de finalizar el proceso selectivo.

**3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO****A) Informes administrativos****a) Validez y eficacia de un informe emitido fuera de plazo**

La STS de 29 de junio de 2004, Ar. 8157, considera válido y eficaz un Informe administrativo que, aunque evacuado fuera de plazo, dictamina que la actuación que pretende el particular, objeto de examen, es manifiestamente antijurídica. Se trata del informe del Cabildo Insular de Gran Canaria que sirve de base para que la Administración deniegue a una empresa particular el derecho a ser adjudicataria de la potencia eléctrica eólica solicitada porque el parque eólico se encontraría parcialmente emplazado en un espacio perteneciente a un área insular protegida en la que, conforme al Plan Insular de Ordenación del Territorio, dicho uso no estaría autorizado.

### B) Audiencia

#### a) Se produce indefensión cuando se omite el trámite de audiencia en la medida que en la resolución administrativa dictada se han tenido en cuenta otros hechos y otras alegaciones que las formuladas inicialmente por el interesado

Así lo entiende el Tribunal Supremo, que en STS de 30 de septiembre de 2004, Ar. 7999, considera que aunque no toda omisión del trámite de audiencia produce indefensión, sí se produce ésta cuando se prescinde del mismo y al mismo tiempo figuran en el procedimiento y son tenidos en cuenta en la resolución otros hechos y otras alegaciones y pruebas distintas a las aducidas inicialmente por el interesado (art. 84.4 LRJPAC a sensu contrario). Sostiene el Tribunal, con respecto a una resolución administrativa por la que se exigía a una empresa el reintegro de las ayudas públicas recibidas, por incumplimiento de los requisitos exigidos para la correcta expedición de los certificados de las ayudas, que además se debería haber abierto un período de prueba, de lo contrario se priva a la empresa de los medios ordinarios de defensa.

#### b) Se produce indefensión cuando se omite el trámite de audiencia en un procedimiento de renovación del permiso de residencia a un extranjero

Esta afirmación se contiene en la STS de 20 de octubre de 2004, Ar. 8165, en la que se declara, que aun no tratándose de un procedimiento de naturaleza sancionadora, la falta de audiencia en este procedimiento origina una efectiva indefensión, al tratarse de un vicio de forma. Argumenta esta sentencia, citando jurisprudencia anterior, que el trámite de audiencia es importante pero no debe ser aplicado en términos absolutos e indiferenciados a todos los actos administrativos. Es necesario atenerse a la naturaleza y alcance de los actos administrativos, de modo que se examine y pondere el contenido del expediente en función de la finalidad de que no se sustraiga al interesado ningún dato que deba conocer. En este caso, considera el Tribunal Supremo, la Administración debía haber indicado al particular el defecto relativo a la no presentación de un documento, concretamente, del pasaporte válido y en vigor, por lo que resultaba improcedente que le denegase automáticamente la renovación.

### C) Silencio administrativo

#### a) Conforme a la regulación del silencio administrativo en las licencias de actividad no cabe entender que éste se produce si no ha tenido lugar denuncia previa de la mora

Así lo reconoce la STSJ de Madrid de 8 de julio de 2004, Ar. 997, en la que en aplicación del art. 33.4 del Reglamento de Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, se afirma que, transcurridos cuatro meses desde la fecha de la solicitud de la licencia de actividad sin que hubiese recaído resolución, ni se hubiese notificado la misma al interesado, podrá éste denunciar la mora simultáneamente ante el Ayuntamiento y la Comisión Provincial de Servicios Técnicos –u órgano autonómico equivalente– y, transcurridos dos

meses desde la denuncia, podrá considerar otorgada la licencia por silencio administrativo. Entiende el tribunal que sólo cumpliéndose estos requisitos, puede ganarse por silencio la licencia.

**b) Conforme a la LRJPAC nada impide que la Administración pueda dictar resolución expresa una vez transcurrido el plazo para resolver aunque le está prohibido dictar una resolución expresa denegatoria cuando el silencio tiene un sentido positivo. Tampoco cabe entender producido el silencio negativo cuando se ha demorado el procedimiento administrativo aunque sea por causas imputables al particular si es consentido por la Administración**

Así lo declara la STSJ de Castilla y León de 3 de noviembre de 2004, Ar. 1028, en la que también se afirma que el silencio es una institución que no puede servir para perjudicar al interesado. De esta manera, considera la sentencia, no cabe entender que se produce silencio administrativo negativo aunque sea éste el sentido del silencio previsto por la normativa específica, cuando habiendo transcurrido el tiempo establecido para resolver expresamente, la resolución no se ha dictado porque se ha demorado el procedimiento administrativo por causas imputables al particular, que en este caso fue requerido para subsanar la falta de determinados documentos necesarios para otorgarle la subvención que solicitaba.

**c) Se considera que tiene carácter desestimatorio el silencio de la Administración ante la solicitud del título de Obtención Vegetal de una variedad de semilla y de su inscripción en el registro de variedades protegidas**

Así lo declara la STS de 11 de marzo de 2004, Ar. 7809, al considerar que se trata de un supuesto en que los materiales vegetales presentes en la naturaleza son de dominio público, y la actividad de mejora de las semillas por los particulares puede llevar a otorgarles el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de las mismas, limitado en el tiempo y adquirida si se consigue el título de obtención vegetal y su inscripción en el registro de la propiedad. De esta forma se aplica el art. 43.2.b) LRJPAC.

#### **D) Caducidad**

**a) Producida la caducidad de un expediente administrativo incoado de oficio se convierten en ilegales las medidas que la Administración impone en virtud de dicho expediente, y resultan indemnizables los perjuicios causados al particular por la imposición de tales medidas**

Esto se deriva de la STS de 19 de julio de 2004, Ar. 7113, en la que se entiende producida la caducidad, por transcurso de más de tres meses, de un expediente incoado de oficio por la Administración de la Comunidad Autónoma por el que se quería determinar el

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

grado de cumplimiento del concierto suscrito por una entidad privada para la realización de una actividad social. Al no adoptarse ninguna resolución que pusiera fin a dicho expediente la entidad privada solicitó con el transcurso del tiempo que se declarase la caducidad del mismo. El Tribunal declara que las medidas provisionales impuestas al amparo de este expediente son ilegales e indemnizables si han producido perjuicios a la entidad recurrente.

### **b) No se produce en un procedimiento de restauración de la legalidad urbanística en el que se dicta una Orden de demolición de lo edificado pese a que el Tribunal reconoce que no se establece en la normativa aplicable un plazo para dictar la resolución**

Esto acontece en el caso del que conoce la STS de 15 de junio de 2004, Ar. 7632, en la que el Tribunal Supremo enjuicia si se ha producido la caducidad de un procedimiento que termina con la Orden de demolición de una edificación que no cuenta con licencia legal y que no se adapta al planeamiento urbanístico aprobado en el municipio.

### **E) Procedimiento sancionador**

#### **a) Un procedimiento sobre la idoneidad de un juez para serlo no constituye un procedimiento sancionador**

La STS de 18 de octubre de 2004, Ar. 6696, en la línea de sentencias anteriores, afirma que el procedimiento que concluye con el cese de un Juez sustituto no constituye la imposición de ninguna sanción. Se dirige exclusivamente a constatar si se dan o no las condiciones de aptitud o idoneidad para el ejercicio del cargo en la persona a la que se ha confiado, en cuanto Juez sustituto, el ejercicio de la potestad jurisdiccional y su alcance se contrae a dejar sin efecto un nombramiento temporal en el caso de que se compruebe esa carencia.

### **F) Normativa aplicable**

#### **a) Normativa aplicable a la resolución que pone fin a un procedimiento de autorización administrativa**

La STS de 30 de noviembre de 2004, Ar. 8197, declara aplicable a los actos administrativos de autorización la jurisprudencia relativa a la norma sustantiva aplicable en materia de licencias de obras: “la vigente al tiempo de la resolución si ésta se adopta dentro del plazo establecido para resolver en la norma procedimental; la vigente al tiempo de la solicitud, en otro caso”. Asimismo el Tribunal estima para el caso concreto enjuiciado que debe estarse a la legislación vigente en la fecha de la solicitud puesto que la tardanza en resolver se debe a causas ajenas al administrado e imputables a la Administración.

#### 4. INVALIDEZ

##### A) Defectos formales

###### a) Nulidad improcedente de la falta de notificación de hoja de aprecio y fijación de criterios de valoración en expediente expropiatorio: indefensión inexistente

La STS de 10 de noviembre de 2004, Ar. 6879, aunque acepta que a los recurrentes no se les dio traslado de las hojas de aprecio y criterios de valoración, recoge jurisprudencia reiterada conforme a la cual los defectos de procedimiento sólo pueden dar lugar a nulidad de actuaciones cuando de ellos se derivase indefensión y que tales defectos deben entenderse subsanados cuando los afectados tuvieron oportunidad de interponer los recursos conducentes a la defensa de sus derechos.

Sobre el concepto de indefensión en la jurisprudencia ver también STS de 2 de noviembre de 2004, Ar. 6757.

###### b) Actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido: nulidad improcedente

La STS de 22 de diciembre de 2004, Ar. 6912, concluye constatando la validez del acuerdo impugnado al no existir un quebrantamiento de aspecto formal alguno que pudiera constituir vulneración del procedimiento legalmente establecido, pues a tenor de la referencia que se contiene en el art. 6.1.e) de la Ley 30/1992 para declarar la nulidad es necesario que se produzca una clara, manifiesta y ostensible omisión del procedimiento, con ausencia de trámites sustanciales que propicien la estimación del motivo, lo que no sucede en el caso examinado, al haberse seguido el procedimiento legalmente establecido.

En este sentido la STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2004, Ar. 957 declara que el hecho de que un profesor que se encuentra de baja por incapacidad temporal participe en la adopción de un acuerdo del Consejo de Departamento de la Universidad en la que trabaja no supone una irregularidad que constituya una regla esencial cuya infracción comporte la nulidad de pleno derecho de los acuerdos adoptados. De esta manera el Tribunal concluye que en este caso no se ha prescindiendo total y absolutamente de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

##### B) Incompetencia

###### a) Nulidad improcedente por subsanación de superior jerárquico

La STS de 22 de diciembre de 2004, Ar. 6912, estima que, en el caso que examina, no se está ante un supuesto de incompetencia generadora de nulidad del acto, por cuanto

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

que la validez del acuerdo inicial fue confirmada por el posterior acuerdo dictado por el superior jerárquico, por lo que no estamos ante un caso de incompetencia manifiesta por razón de la materia o del territorio, sino ante un supuesto de anulabilidad de un acto, confirmando su validez y subsanando los posibles vicios de que pudiera adolecer.

### C) Defectos materiales

#### a) Actos de contenido imposible: no hay que confundir ilegalidad con imposibilidad

A esta cuestión alude la STS de 2 de noviembre de 2004, Ar. 7427, en la que se enjuicia la negativa a revisar de oficio la denegación de una solicitud por parte de un funcionario para ejercer una segunda actividad privada. Se reitera en esta sentencia la doctrina establecida anteriormente sobre el concepto de contenido imposible:

“La imposibilidad a que se refiere la norma de la Ley de procedimiento debe ser, por ello, de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad; la imposibilidad debe ser, asimismo, originaria ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría simplemente ineficacia del acto. Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a las leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. La jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de éste.”

## 5. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

### A) Ejecutividad de los actos administrativos y derecho a la tutela judicial efectiva. Distinción entre ejecutividad y actividad de ejecución

En relación con esta cuestión la STS de 24 de noviembre de 2004, Ar. 8173, afirma: “El derecho a la tutela judicial se satisface cuando, antes de la ejecución, se permite someter a la decisión de un tribunal la ejecutividad, para que éste resuelva sobre la suspensión. Y que, por tanto, se vulnera ese derecho fundamental, no cuando se dictan actos que gozan de ejecutividad, sino cuando, en relación a los mismos, se inician actos materiales de ejecución sin ofrecer al interesado la posibilidad de instar judicialmente la suspensión de esa ejecutividad”.

Para ello el tribunal parte de la distinción entre ejecutividad y actividad de ejecución, “lo primero expresa una calidad de la resolución, consistente en la posibilidad de ser llevada mediante actos materiales de ejecución, mientras que lo segundo son esos actos materiales por los que se lleva a la práctica la resolución, y que son algo distinto de esta última aunque arranquen de ella.

El Tribunal también recuerda que esto no significa “paralizar la posibilidad de ejecutar el acto administrativo dotado de ejecutividad hasta tanto no se dicte sentencia en el proceso judicial donde se impugnó dicho acto. Esto último equivaldría a negar en términos absolutos la ejecutividad de los actos administrativos que no sólo está legalmente reconocida, sino que está relacionada con el principio de eficacia que para la actuación de la Administración pública proclama el art. 103 de la Constitución”.

## 6. ELIMINACIÓN DEL ACTO

### A) Impugnación

#### a) Diferencias sobre la validez de los actos de aplicación según se interponga un recurso directo o un recurso indirecto frente a una disposición administrativa de carácter general

A esta cuestión se refiere la STSJ del País Vasco de 27 de octubre de 2004, Ar. 1079, que siguiendo jurisprudencia del Tribunal Supremo, afirma que mientras que en el recurso indirecto la nulidad de la disposición, que se alega, sirve sólo de obligado antecedente y como motivo de la pretensión anulatoria del acto, de modo que deja de tener efectos exclusivamente el acto administrativo impugnado, en el recurso directo en el que se pretende la nulidad de la disposición sólo despliegan efectos los actos anteriores a la sentencia nula que hubieran alcanzado firmeza.

### B) Revisión de oficio

#### a) La falta de impugnación de un acto radicalmente nulo no impide la posibilidad de solicitar la declaración de oficio de la nulidad de pleno derecho de dicho acto conforme al artículo 102 LRJPAC

Así lo declara la STS de 13 de octubre de 2004, Ar. 7139.

#### b) Es necesario seguir el procedimiento de revisión de oficio cuando se trata de modificar los efectos de un “acto por vía de hecho documentado”

Así se deriva de la STS de 1 de junio de 2004, Ar. 7099, en la que el recurrente sostiene que no se pueden modificar los efectos del silencio positivo de la Administración si no es por medio del procedimiento de revisión de oficio. En este caso el recurrente considera que ha existido además una “resolución” de la Administración autonómica en la medida que se ha procedido a la inscripción solicitada por el particular de un modelo de máquina recreativa en el Registro de Modelos autorizados, lo que dejaría sin efecto la resolución expresa y tardía denegatoria de dicha inscripción. El Tribunal considera que más que un acto presunto, existe un “acto por vía de hecho documentado”, que sólo debe quedar sin efecto mediante la utilización del mecanismo de la revisión de oficio.

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

- c) No se produce caducidad del procedimiento de revisión de oficio por transcurso de tiempo, porque este proceso quedara suspendido durante el tiempo que medió entre la petición del dictamen del Consejo de Estado y su recepción**

Así lo reconoce la STS de 4 de noviembre de 2004, Ar. 7706, en la que se impugna un acuerdo del Consejo de Ministros por el que se procede a la revisión de oficio y consecuente declaración de nulidad de pleno derecho de una Orden Ministerial que reconocía el derecho de ascenso al empleo de Teniente solicitado por un particular.

- d) La admisión inicial en un procedimiento selectivo no constituye un acto declarativo de derechos que exija seguir para su revocación el procedimiento de revisión de oficio de los artículos 102 y 103 LRJPAC**

Esta afirmación se contiene en la STS de 22 de noviembre de 2004, Ar. 8101, citada en el epígrafe 2.B).b) de esta misma crónica.

JULIA ORTEGA BERNARDO  
MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN



## Contratos de las Administraciones Públicas

### Sumario:

#### 1. Consideración preliminar. 2. Expediente de contratación. A) Actuaciones preparatorias.

a) Apreciación de clasificación empresarial de un determinado empresario por la Administración General del Estado, cuando el órgano de contratación pertenece a la Administración Autonómica. B) Procedimientos y formas de adjudicación. a) Inexistencia de facultades de la Mesa de Contratación para decidir la exclusión de un concursante del procedimiento de contratación por incumplimiento del requisito de estar al corriente del pago de las obligaciones tributarias. b) Inexistencia de facultades de la Mesa de Contratación para decidir la exclusión de un concursante del procedimiento de contratación ante la falta de la firma de la proposición económica. c) Concurso y discrecionalidad administrativa. Alcance en el caso de que los criterios objetivos de adjudicación y el sistema de asignación de puntos a cada una de las ofertas que recogen los pliegos sean exclusivamente de carácter económico. d) En el concurso la Administración ejerce potestad discrecional en la fijación de los criterios objetivos contenidos en los pliegos de condiciones; pero en la fase de adjudicación del contrato la Administración debe respetar absolutamente dichos criterios. e) Ejercicio de “discrecionalidad técnica” en la adjudicación de un concurso y margen de control por parte de los Tribunales. f) La valoración del interés público para declarar como más beneficiosa una oferta corresponde exclusivamente al órgano de contratación y nunca a los Tribunales. 3. Ejecución

de los contratos. A) La Administración no puede eludir el principio de riesgo y ventura que debe soportar el contratista acordando la resolución del contrato y el abono de una indemnización al contratista que le evite cualquier pérdida. B) Incautación de las garantías. La ejecución de los avales suscritos en relación a un contrato de obras requiere demostrar la existencia del citado contrato. 4. Extinción de los contratos. A) Cuestiones formales.

a) La Comisión de Gobierno es competente para denunciar un contrato, aun cuando la competencia para su celebración y extinción corresponda al Ayuntamiento en Pleno. B) Por causas imputables a la Administración. a) Por suspensión de la ejecución por plazo superior a un año. b) Concurrencia de culpas con el contratista. 5. Contratos administrativos típicos.

A) Contrato administrativo de obra. a) El momento procedimental oportuno para poner de manifiesto los errores del proyecto elaborado por la Administración queda circunscrito al acto de comprobación del replanteo. b) Enriquecimiento injusto y trabajos accesorios.

## 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 noviembre de 2004 a abril de 2005 en relación con las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Sin que sea digno de resaltarse ningún pronunciamiento en especial.

## 2. EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

### A) Actuaciones preparatorias

#### a) Apreciación de clasificación empresarial de un determinado empresario por la Administración General del Estado, cuando el órgano de contratación pertenece a la Administración Autónoma

La STS de 24 de noviembre de 2004, Ar. 8061 (FFDD 4º y 5º), después de afirmar que el art. 3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, atribuye la competencia para declarar la prohibición de contratar a la Administración contratante (en este caso Autónoma), aclara que dicha competencia se le atribuye, sin perjuicio de su ulterior comunicación a la Administración General del Estado para que declare la prohibición de contratar con carácter general a la vista del daño causado a los intereses públicos cuando la documentación hubiere sido presentada ante un órgano autonómico.

Literalmente, la sentencia argumenta lo siguiente:

“(...) Defiende, pues, el recurrente que el expediente de prohibición debía haberse instruido y tramitado inicialmente ante la Comunidad Autónoma de Canarias por ser el ente ante uno de cuyos órganos, la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno de Canarias, fue presentado el documento de solvencia técnica consistente en la clasificación empresarial cuya expedición se atribuía al Ministerio de Economía y Hacienda pero del cual dudó el ente autonómico (...). Pretendía el recurrente justificar una determinada solvencia ante un órgano autonómico, como el Registro de contratistas de la Comunidad Autónoma de Canarias, presentando un documento atribuido a otro órgano de la Administración estatal en que se efectuaba una determinada clasificación. Tal documento fue reputado dudoso por la Administración autonómica que tras comprobar que no había sido emitido por el Ministerio de Economía y Hacienda procedió a remitir el expediente iniciado al citado Ministerio para que efectuase, en su caso, la declaración de prohibición de contratar.

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

La clasificación empresarial constituye un documento de gran importancia en el ámbito de la contratación pública ya que la contratación con las Administraciones Públicas de la ejecución de contratos superiores a determinados importes (art. 25 LCAP) exige una clasificación previa del empresario que autoriza su inclusión en el Registro Oficial de Contratistas o de Empresas Clasificadas dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda (art. 35 LCAP) sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas puedan crear sus propios Registros Oficiales de Contratistas. Clasificación que, por ende, comporta ya acreditar ante el órgano de contratación correspondiente una determinada capacidad económica, financiera y técnica del contratista.

En aras al principio de eficacia y agilidad administrativa que, en modo alguno, lesiona la tutela judicial efectiva, parece acertado una única instrucción y tramitación del expediente de prohibición de contratar por la Administración General del Estado cuando se atribuye la procedencia del documento reputado falso a órganos de la misma aunque su presentación hubiere tenido lugar ante el órgano autonómico. Resulta razonable tal actuación ya que permite comparar, sin merma alguna del derecho de defensa, la declaración presentada con los documentos obrantes en sus archivos o con lo consignado en su Registro Oficial de Contratistas.

Una interpretación distinta sólo conduciría a una dualidad de expedientes dilatados en el tiempo para obtener un resultado idéntico en supuestos, como el de autos, en que es necesario preservar el cumplimiento de las condiciones que han de reunir las personas que pretendan contratar con la Administración para preservar la limpieza del tráfico jurídico (...).”.

### **B) Procedimientos y formas de adjudicación**

#### **a) Inexistencia de facultades de la Mesa de Contratación para decidir la exclusión de un concursante del procedimiento de contratación por incumplimiento del requisito de estar al corriente del pago de las obligaciones tributarias**

La STS de 21 de septiembre de 2004, Ar. 415 (FD 4º), afirma que la Mesa de Contratación no dispone de facultades discrecionales para decidir la exclusión de un concursante del procedimiento de contratación, por incumplimiento del requisito de estar al corriente del pago de las obligaciones tributarias. Dicho requisito considera la jurisprudencia del Tribunal Supremo que es subsanable (entre otras, STS de 28 de mayo de 2002, Ar. 7254); por tanto, el Alto Tribunal entiende que la Mesa de Contratación debió conceder tres días para su subsanación, como establece el art. 101 del Reglamento General de Contratación.

#### **b) Inexistencia de facultades de la Mesa de Contratación para decidir la exclusión de un concursante del procedimiento de contratación ante la falta de la firma de la proposición económica**

En la misma STS de 21 de septiembre de 2004, Ar. 415 (FD 5º), se establece de igual manera que la Mesa de Contratación no dispone de facultades para decidir la exclusión

de un concursante del procedimiento de contratación porque en el momento del examen y calificación de la documentación presentada por las empresas que toman parte en el concurso, se advierte que la proposición económica que presenta no se encuentra firmada. El Tribunal Supremo afirma que no se trata de un defecto sustancial o esencial –como sería si no se hubiera presentado la proposición económica– sino de un defecto formal subsanable. Y, “(...) En todo caso, la Mesa de Contratación no dispone de facultades discrecionales para decidir la exclusión de un concursante del procedimiento de contratación, sino que, ante un defecto como el que se cuestiona, debió conceder tres días para su subsanación, como establece el art. 101 del Reglamento General de Contratación. La frase ‘si lo estima conveniente’, contenida en el indicado precepto, debemos referirla a la correcta apreciación por la Mesa de la naturaleza del defecto concurrente, no a la concesión de unas facultades discrecionales que excluyan su criterio de revisión a través de los oportunos recursos (...)”.

**c) Concurso y discrecionalidad administrativa. Alcance en el caso de que los criterios objetivos de adjudicación y el sistema de asignación de puntos a cada una de las ofertas que recogen los pliegos sean exclusivamente de carácter económico**

La STS de 27 de octubre de 2004, Ar. 7774 (FFDD 1º y 2º), reitera la doctrina que admite la posibilidad de una cierta discrecionalidad, por parte de la Administración, en la fase de valoración de las distintas proposiciones en atención a la finalidad pública que cumplen los contratos celebrados por la Administración. Pero como se indica asimismo, dicha doctrina sostiene con igual rigor la necesidad de acomodarse a los criterios objetivos de valoración indicados en el Pliego de Condiciones o de Prescripciones Técnicas, como normas concretas a las que ha de acomodarse la resolución del concurso.

En el caso que se dilucida en esta sentencia, los criterios objetivos de adjudicación y el sistema de asignación de puntos a cada una de las ofertas que recogen los pliegos son exclusivamente de carácter económico, divididos en tres aspectos: “precios de cafetería de consumo corriente, precios de manutención y renuncia a revisión de precios”. La Administración sin embargo decide la licitación no ajustándose a los criterios objetivos de valoración anteriormente citados, dado que la empresa que recurre la adjudicación obtiene en aplicación de dichos criterios una puntuación global muy superior a la empresa que resulta adjudicataria del contrato. La Administración decide prescindir de la oferta de la empresa recurrente por motivos derivados de ciertas deficiencias imputables a otra entidad del mismo grupo empresarial, con respecto a la gestión de un servicio análogo al del objeto del contrato en licitación. Por esta razón la Administración considera excesivamente bajos los precios ofertados en función del muestreo realizado con relación a las otras ofertas concurrentes, por lo que estima temeraria e inviable la oferta que presenta la empresa recurrente.

Ante ello el Alto Tribunal argumenta que “(...) El indudable ámbito discrecional que se otorga a la Administración en la adjudicación del concurso no llega hasta el punto de prescindir de la proposición más ventajosa económicamente por supuestas deficiencias

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

achacables a otra empresa del mismo grupo en la prestación de un servicio análogo (...) puesto que la oferta de (...) ha sido admitida a participar en el mismo, considerada y puntuada con arreglo a los criterios fijados en el pliego de cláusulas particulares de manera harto más favorable a las del resto de los concursantes. Tampoco la apreciación de temeridad (oferta inviable por excesivamente económica), que se consigna en el informe complementario a la propuesta de adjudicación a favor de otra empresa, se ajusta a los criterios que vienen siendo sentados por este Tribunal, especialmente en la Sentencia de 4 de junio de 2002, Ar. 7927; en la cual, y con referencia a un supuesto análogo al presente, ya se dejó claramente establecido que, aun admitiendo la aplicación del criterio de prescindir de la oferta que se considere temeraria en la adjudicación de contratos por el sistema de concurso antes de la reforma operada en el art. 87 por la Ley 55/1999, ni puede considerarse en principio la apreciación de otros criterios que los económicos –si es que son los únicos que se establecen en el pliego de condiciones–, ni cabe prescindir en todo caso del trámite de traslado a la entidad a la que se imputa temeridad en la oferta, con el fin de que pueda suministrar las explicaciones que sean procedentes en justificación de su propuesta (...). Por todo ello, el Tribunal declara la nulidad de la adjudicación.

### **d) En el concurso la Administración ejerce potestad discrecional en la fijación de los criterios objetivos contenidos en los pliegos de condiciones; pero en la fase de adjudicación del contrato la Administración debe respetar absolutamente dichos criterios**

La STS de 9 de diciembre de 2004, Ar. 31 (FD 6º), en consonancia con la doctrina sentada del Alto Tribunal afirma: “(...) si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquéllos, no acontece lo mismo con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la Administración debe respetar absolutamente las reglas previamente establecidas por ella en el correspondiente pliego (...)”.

### **e) Ejercicio de “discrecionalidad técnica” en la adjudicación de un concurso y margen de control por parte de los Tribunales**

La STS de 29 de junio de 2004, Ar. 8258 (FD 3º), reitera la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo en esta materia y establece literalmente:

“(...) por amplio que sea el control, que nuestro ordenamiento permite, siempre hay que poner límites determinados, como acontece, en los supuestos en los que es preciso un juicio fundado de elementos de carácter exclusivamente técnico que sólo puede ser formulado por un órgano especializado y que en sí mismo escapa, por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, fácilmente se aprende, que la revisión de la valoración realizada por el órgano previsto para resolver el concurso la Mesa de Contratación (sic), sólo puede hacerse cuando los errores o defectos en la valoración, primero, sean ostensibles, manifiestos, y segundo no exijan conocimientos técnicos (...)”.

En el mismo sentido, téngase también en cuenta la STS de 9 de diciembre de 2004, Ar. 31 (FD 7°).

**f) La valoración del interés público para declarar como más beneficiosa una oferta corresponde exclusivamente al órgano de contratación y nunca a los Tribunales**

La misma STS de 29 de junio de 2004, Ar. 8258 (FD 3°), que acabamos de tratar en el apartado anterior, argumenta en orden al control por parte de los Tribunales de la decisión de la Administración de resolución de un concurso que: “(...) no es conforme al ordenamiento ni a la reiterada doctrina de esta Sala, el que el Tribunal a quo declare, como hace en la sentencia recurrida, que la oferta de la recurrente es la más beneficiosa para el interés público, pues la valoración del interés público para declarar como más beneficiosa una oferta es actuación que corresponde a la Administración (...), y el Tribunal que revisa un acto que resuelve un concurso, podrá o no estar conforme con la puntuación otorgada a cada empresa y podrá incluso revisarla, y hasta realizar una nueva puntuación, en los casos que proceda y adjudicarla a quien tenga mejor puntuación, pero no puede resolver el concurso por estimar que la oferta es más beneficiosa para el interés público (...)”.

### 3. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

**A) La Administración no puede eludir el principio de riesgo y ventura que debe soportar el contratista acordando la resolución del contrato y el abono de una indemnización al contratista que le evite cualquier pérdida**

Ante la decisión municipal de resolver el contrato de construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo, ante la falta de cumplimiento de las expectativas económicas del contratista en la venta de las plazas de aparcamiento, a través de un expediente de supresión del contrato por razones de interés público con otorgamiento de una elevada indemnización al contratista (que cubre las expectativas de éste), la STS de 4 de diciembre de 2004, Ar. 970 de 2005, anula dicha supresión del servicio, en la medida en que esta causa de extinción del contrato no es el medio adecuado para lograr una compensación equitativa del menoscabo sufrido como consecuencia de la necesidad de preservar el equilibrio financiero que el concesionario tenía derecho a exigir. Por el contrario, para el Tribunal ello supone una auténtica liquidación de la concesión con la casi exclusiva finalidad de satisfacer las expectativas de ganancia de este último y un considerable perjuicio para los intereses públicos que encarna el Ayuntamiento.

**B) Incautación de las garantías. La ejecución de los avales suscritos en relación a un contrato de obras requiere demostrar la existencia del citado contrato**

Como pone de manifiesto la STS de 14 de diciembre de 2004, Ar. 39 de 2005, ante el incumplimiento por el contratista de las obligaciones asumidas en un contrato de obra (ejecución de las obras de urbanización), la ejecución del aval suscrito requiere que en el

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

correspondiente expediente administrativo se acredite tanto el contenido de la obligación principal garantizada y su fuente; los conceptos o aspectos de dicha obligación que resultan cubiertos por la garantía; así como la cuantificación del importe que sea exigido con el carácter de concepto garantizado, ya que en caso contrario la ejecución será contraria a Derecho.

### 4. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

#### A) Cuestiones formales

##### a) La Comisión de Gobierno es competente para denunciar un contrato, aun cuando la competencia para su celebración y extinción corresponda al Ayuntamiento en Pleno

La STS de 14 de febrero de 2005, Ar. 1925, reitera la competencia de la Comisión de Gobierno para proceder a la denuncia de un contrato administrativo (en este caso de gestión del servicio público de recaudación de impuesto), que evite la prórroga tácita aun cuando, conforme a la legislación vigente, no fuese el órgano competente para acordar su celebración o extinción. Y ello porque la Comisión, en ejecución del acuerdo del Pleno que decidió prestar el servicio de forma directa, al efectuar la denuncia no resuelve de manera anticipada el contrato o concesión administrativa, sino que únicamente comunica al contratista que el contrato se ha extinguido de forma normal por haberse agotado su plazo de vigencia.

#### B) Por causas imputables a la Administración

##### a) Por suspensión de la ejecución por plazo superior a un año

La STS de 3 de febrero de 2005, Ar. 1654, precisa que el contratista, ante la suspensión de la ejecución del contrato acordada por la Administración, tiene derecho a percibir una indemnización por los daños causados a partir del transcurso del plazo de 6 meses desde el acuerdo de suspensión. Transcurrido el plazo de un año, desde la fecha de la suspensión, el contratista tiene derecho a solicitar la resolución del contrato o a solicitar la indemnización. Y dicha petición puede comprender incluso daños que se hayan producido trascurrido ese plazo de un año, siempre y cuando concurra la buena fe y la confianza legítima del contratista respecto de estos últimos daños.

##### b) Concurrencia de culpas con el contratista

Aun cuando la regulación del art. 112 LCAP regula de forma separada la existencia de culpa del contratista y la existencia de culpa de la Administración contratante, ello no supone la exclusión de una posible culpa concurrente de ambos como causa de la resolución del contrato, modulando la responsabilidad de cada uno, como precisa la STS de 25 de enero de 2005, Ar. 1517, ante la existencia conjunta de defectos acreditados en el proyecto téc-

nico elaborado por la Administración y la no intervención del técnico competente en su realización, lo que es conocido y aceptado por el contratista. En consecuencia, el Tribunal aplica los principios de concurrencia y compensación de culpas.

## 5. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

### A) Contrato administrativo de obra

#### a) El momento procedimental oportuno para poner de manifiesto los errores del proyecto elaborado por la Administración queda circunscrito al acto de comprobación del replanteo

La STS de 9 de diciembre de 2004, Ar. 30 de 2005, precisa que las deficiencias del proyecto elaborado por la Administración sólo pueden ser puestas de manifiesto por el contratista en el acta de comprobación del replanteo. Y ello porque el contrato de obras se llevará a término si no se hacen reservas al proyecto o si éstas son rechazadas por la Administración al reputar infundadas las vertidas en dicho acto. Es en tal momento en que se confronta el proyecto sobre el terreno en que se prevé la ejecución del citado contrato, es decir, que se pasa de la teoría documentada sobre un papel a su comprobación sobre la realidad material para, en su caso, solucionar los errores materiales subsanables que pudiera contener el proyecto elaborado por la Administración o poner de relieve aquellos que en razón a su gran entidad pudieran conducir a la resolución del contrato. La suspensión del inicio de las obras sólo tendrá lugar cuando se ponga en evidencia en tal acto la inviabilidad del proyecto por razones fundadas. Por ello, no efectuada oposición alguna en tal momento a la viabilidad del proyecto es improsperable realizarla posteriormente respecto de hechos o de planteamiento técnicos cuyo conocimiento era posible en tal fase.

#### b) Enriquecimiento injusto y trabajos accesorios

Como precisa la STSJ de Madrid de 23 de diciembre de 2004, Ar. 122 de 2005, ante la realización de obras adicionales no contempladas inicialmente en el objeto de contrato, la Administración contratante, si opta por la aplicación del art. 136 del RGC, entonces no puede al tiempo sostener que los trabajos adicionales se hicieron al margen del contrato, y si por el contrario parte de que esos trabajos adicionales están fuera del contrato, entonces lo que no cabe es la aplicación del citado art. 136, sino que en este caso lo que habría que haber hecho, tras proclamar el carácter extracontractual de lo pedido, es resolver sobre la existencia del enriquecimiento injusto. Ante esta alternativa, resulta procedente distinguir, de una parte, entre la modificación de un contrato, que implica el cambio de alguno de sus elementos característicos o de alguna prestación fundamental de aquél, siempre y cuando unas y otras sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto, modificación del contrato que pasa por la elaboración de un nuevo proyecto por el Director de la obra, por su aprobación

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

por el órgano de contratación competente, y por la existencia del oportuno crédito presupuestario, además de su adjudicación y posterior formalización entre la Administración y el contratista. Si estas formalidades y requisitos no se cumplen determinan que lo hecho por el contratista no se pueda amparar en la figura del contrato administrativo y haya que acudir a la doctrina del enriquecimiento sin causa. De otra parte, se sitúan los trabajos accesorios o complementarios que constituyen una institución muy similar a la modificación del contrato, pero que a diferencia de los modificados normales de un contrato preexistente, en primer lugar no existe la posibilidad de utilizarlos separadamente de las obras anteriores, sino que tienen con ellas una vinculación técnica o económica que hacen imposible su separación, en segundo término han de ser necesarios en relación con el proyecto inicial y, finalmente, su adjudicación y ejecución separada e independiente de las obras o trabajos iniciales causarían dificultades. De forma consecuente, tratándose de un trabajo accesorio, como en el caso contemplado por la Sentencia (meros trabajos accesorios o complementarios de los contratados, motivados por pequeños aumentos kilométricos de las vías a estudiar, y por un cambio de nomenclatura una vez realizados los trabajos que obligó a adaptar éstos a esos cambios de nomenclatura con el fin de que conservaran su utilidad, además de las correspondientes e inevitables tareas de edición e impresión), no resulta procedente la alegación del enriquecimiento injusto.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO  
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO



**VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA****Sumario:**

**1. Régimen de las Ciudades Autónomas.** A) A falta de normativa específica sobre el funcionamiento de los grupos políticos y la participación política de los Diputados de una Ciudad Autónoma, es lícito aplicar supletoriamente la regulación prevista para el Congreso de los Diputados. **2. Administración Local.** A) Autonomía Local. La autonomía provincial no se lesiona cuando la Administración del Estado controla el destino de las subvenciones otorgadas a las Diputaciones Provinciales. B) Organización municipal. a) El derecho de los grupos políticos a recibir dotaciones en especie como asistencia necesaria y adecuada con objeto de posibilitar la participación de los elegidos debe ajustarse a las características de cada grupo. b) La designación de representantes municipales en los consejos de las cajas de ahorro debe ser proporcional a la importancia numérica del grupo político. c) La negativa a facilitar a los concejales de la Corporación información sobre asuntos que componen el orden del día o fotocopias testimoniadas de expedientes municipales es contraria a Derecho. C) Régimen de funcionamiento de las Entidades Locales: vigencia del artículo 121 RSCL respecto a la obligación legal de exponer al público en las concesiones, los pliegos, proyectos, reglamentos y tarifas por un período de treinta días. D) Impugnación de actos y acuerdos de las corporaciones locales. Las Comunidades Autónomas que tengan la competencia genérica en materia de régimen local pueden impugnar los acuerdos municipales que puedan infringir el ordenamiento. E) Segregación de términos municipales: requisitos. F) Mancomunidades de municipios. Los criterios de representatividad de los ayuntamientos en los órganos de las mancomunidades se fijan por los estatutos de las mismas conforme al artículo 44.2 LBRL. **3. Colegios profesionales y profesiones tituladas.** A) Los Consejos Generales de Colegios no pueden irrogarse funciones excluyentes de la participación de los colegios morosos en las Asambleas Generales. B) El Real Decreto 1753/1998, de 31 de julio,

que regulaba el acceso excepcional al título de Médico Especialista en Medicina Familiar y Comunitaria y sobre el ejercicio de la Medicina en Familia en el Sistema Nacional de Salud no vulnera el principio de igualdad. **4. Universidades.** A) Composición de los consejos de departamento y régimen del profesorado universitario a la luz de la Ley Orgánica de Universidades. B) La notificación individual de la convocatoria a sesiones de órganos de gobierno debe quedar fehacientemente probada.

## 1. RÉGIMEN DE LAS CIUDADES AUTÓNOMAS

### **A) A falta de normativa específica sobre el funcionamiento de los grupos políticos y la participación política de los Diputados de una Ciudad Autónoma, es lícito aplicar supletoriamente la regulación prevista para el Congreso de los Diputados**

La STS de 23 de diciembre de 2004, Ar. 85, confirma la Sentencia dictada por el TSJ de Andalucía el 11 de octubre de 2001, que desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Diputados de la Asamblea de la Ciudad Autónoma de Ceuta, frente a dos Decretos del Presidente de la Ciudad Autónoma y un Acuerdo de la Asamblea relativos a la representación del Grupo Mixto en las Comisiones Informativas. Tras exponer de forma completa y sintética la jurisprudencia constitucional relativa al alcance y contenido del artículo 23.2 CE, el Tribunal Supremo termina por considerar que, vista la falta de cohesión del Grupo Mixto, no se aprecia vulneración del derecho a la participación política en los Decretos o en el Acuerdo impugnados, puesto que la regulación propuesta tiene por finalidad hacer realidad la participación de los concejales del citado grupo. Ante la falta de una regulación expresa del funcionamiento de dicho grupo, se decreta la aplicación analógica del artículo 75 del Reglamento del Congreso sobre composición y funcionamiento de las Comisiones. Por tanto, para que los integrantes del Grupo Mixto pudiesen hacer efectivo su derecho a la participación política, la Administración recurrida procedió, a través de los actos impugnados, a regular su funcionamiento, adoptando supletoriamente la regulación indicada. También el Tribunal Supremo entiende que, dada la diversidad política de los integrantes del Grupo Mixto, la designación de sus representantes en las Comisiones obedece a la falta de acuerdo en su seno interno y cumple con el principio de proporcionalidad en su composición.

## 2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

### **A) Autonomía Local. La autonomía provincial no se lesiona cuando la Administración del Estado controla el destino de las subvenciones otorgadas a las Diputaciones Provinciales**

La STS de 20 de enero de 2005, Ar. 211, desestima un recurso de casación interpuesto por la representación de la Diputación de Provincial de Lugo contra la Sentencia de la Sala

## VI. Organización Administrativa

de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de octubre de 2001. Esta última sentencia confirma la resolución del Secretario de Estado para la Administración Pública que desestimaba recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Dirección General de Análisis Económico-Territorial del Ministerio de Administraciones Públicas de 8 de marzo de 1990, que acordó la asignación estatal con cargo a los Planes Provinciales de Cooperación para 1989 a favor de la Diputación Provincial de Lugo, pero reteniendo la cantidad correspondiente a las obras que no cumplían los requisitos exigidos, indicando la posibilidad de la Diputación de disponer de dicha cantidad en tanto acreditase el interés municipal en su realización o se procediese a su sustitución. El Tribunal entiende que la retención practicada no lesiona la autonomía provincial, ya que se basa en el incumplimiento de las condiciones amparadas en los artículos 36.2.a) de la Ley de Bases del Régimen Local y 40.2 de la Ley de Haciendas Locales, que permiten a la Administración del Estado verificar el destino de las subvenciones otorgadas a las Corporaciones locales cuando no se destinen a los fines para los que se hubieren concedido. El Tribunal Supremo afirma que el principio de autonomía local garantiza a los entes municipales de ámbito municipal o provincial la capacidad de decidir libremente y bajo su plena responsabilidad entre varias opciones legalmente posibles en los asuntos de su competencia. Sin embargo, este principio es compatible con la existencia de controles de legalidad ejercidos por otra Administración de ámbito territorial superior, cuando existan razones puntuales amparadas en un título competencial habilitante, que no pueden configurarse como controles genéricos, indeterminados o jerárquicos. Por tanto, como ha precisado la reciente jurisprudencia constitucional (STC 109/1998, de 21 de mayo), la autonomía provincial constituye un poder limitado que no puede oponerse al principio de unidad estatal. Tampoco el control objeto de recurso infringe el artículo 8 de la Carta Europea de Autonomía Local, en tanto observa el principio de proporcionalidad y se efectúa de acuerdo con la Ley.

### B) Organización municipal

#### a) El derecho de los grupos políticos a recibir dotaciones en especie como asistencia necesaria y adecuada con objeto de posibilitar la participación de los elegidos debe ajustarse a las características de cada grupo

La STSJ de Castilla y León de 3 de diciembre de 2004, Ar. 3730, estima parcialmente el recurso interpuesto contra la resolución del Ayuntamiento de Burgos por la que se acuerda el nombramiento de cinco administrativos para la asistencia de los Grupos políticos por no ser conforme a Derecho, y declara el derecho del Grupo político integrado por el partido recurrente a la asistencia necesaria y adecuada a las características del mismo. Afirma en su Sentencia el Tribunal de instancia, que el hecho de que un Grupo político esté integrado por un solo concejal no determina *per se*, que no tenga derecho a la asignación de medios personales por esa distinta representatividad, sino que tendrá el mismo derecho que el resto de los grupos, aunque si bien atemperado a sus necesidades, lo que implica que el Ayuntamiento, lejos de excluir sin razón que lo justifique la asignación de personal, debería haber arbitrado la solución para este Grupo, en concreto, con la asignación también de personal, aunque fuera, por ejemplo, a tiempo parcial.

**b) La designación de representantes municipales en los consejos de las cajas de ahorro debe ser proporcional a la importancia numérica del grupo político**

La STSJ de Castilla y León de 4 de febrero de 2005, Ar. 60060, estima el recurso contencioso-administrativo presentado por el Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Aranda de Duero contra el Acuerdo del Pleno de 30 de junio de 2003 por el que se designaban representantes del Ayuntamiento en los Consejos Generales de las Cajas de Ahorro. El Tribunal entiende, haciendo referencia a la doctrina contenida en las SSTC de 6 de marzo de 1985 y 1 de marzo de 1990 y en las SSTS de 16 de abril de 1996, 29 de noviembre de 1990 y 17 de diciembre de 2001, que el criterio de proporcionalidad en la designación de los representantes de los grupos políticos no es excluyente ni incompatible con el de importancia numérica. La normativa aplicable se basa en la proporcionalidad y, por ello, no se debe pretender que todos los grupos políticos tengan un representante. Estos representantes deberán designarse en proporción a la importancia numérica del grupo político, por lo que no resulta proporcional que se atribuya a un grupo integrado por 9 concejales la misma representación que a otro integrado por un solo concejal.

**c) La negativa a facilitar a los concejales de la corporación información sobre asuntos que componen el orden del día o fotocopias testimoniadas de expedientes municipales es contraria a Derecho**

Varias sentencias recientes amparan el derecho de los Concejales a obtener información municipal, cuestión que sigue siendo conflictiva en la práctica.

La STS de 7 de diciembre de 2004, Ar. 1557, desestima un recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Garafía contra la Sentencia dictada por el TSJ de Canarias de 28 de mayo de 2001, que estimaba un recurso contencioso-administrativo interpuesto, al amparo del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales contra la denegación del Ayuntamiento recurrente de la solicitud de información realizada por un concejal, relativa a los asuntos que componían el orden del día de un Pleno extraordinario. El Tribunal Supremo, tras realizar un análisis de la jurisprudencia relativa al contenido constitucional del artículo 23.2 CE, afirma que este artículo se ha vulnerado pues “son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos”, derecho que garantiza no sólo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también mantenerse en ellos sin perturbaciones ilegítimas y que no se les impida desempeñarlos de conformidad con lo que la Ley disponga. Este derecho implica, en consecuencia, que los concejales han de tener acceso a la documentación y a los datos de que disponga la Corporación a la que pertenecen.

Por su parte, la STSJ de Extremadura de 14 de enero de 2005, Ar. 42288, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un concejal del Ayuntamiento de Nogales frente a la inactividad administrativa de la Corporación al no haberle ésta proporcionado la información solicitada ni desestimado su solicitud. La falta de resolución expresa de la solicitud presentada por el concejal en el plazo de cinco días convierte el silencio en

## VI. Organización Administrativa

positivo. La negativa municipal a expedir la certificación de acto presunto y a facilitar la información obliga a la Sala a declarar el derecho del recurrente a obtener la información solicitada.

Finalmente, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de enero de 2005, Ar. 135, estima el recurso contencioso-administrativo presentado por el Grupo Municipal del Partido Popular del Ayuntamiento Paiporta contra una resolución de la Alcaldía que denegaba la solicitud de expedición de fotocopias testimoniadas y únicamente permitía su consulta en dependencias municipales en una fecha determinada. El Tribunal reproduce la fundamentación jurídica contenida en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de mayo de 2002, Ar. 6409, en la, que citando la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo más importante, y comentando la normativa aplicable, se mantiene que el derecho de un concejal a obtener información tiene cobertura constitucional, legal y reglamentaria, siendo dicha información imprescindible para el debido ejercicio de las funciones de fiscalización y control de la gestión municipal. Por ello, la negativa a facilitar la información solicitada resulta, de forma patente, contraria a Derecho. La sentencia aludida indicaba que “no cabe a posteriori pretender excusar la actitud de esa Corporación cuando de forma tan clara se podía haber evitado este proceso: el Sr. Alcalde ordenando la entrega de las fotocopias interesadas y permitiendo la consulta de los expedientes reseñados, y el Sr. Secretario no olvidando que es de su responsabilidad la emisión de copias de los libros y documentos que existan en las diversas dependencias municipales (art. 204 ROF). En ambos casos, pues, limitándose a cumplir lo regulado en el ordenamiento jurídico, sin excusas ni demoras injustificadas”.

### **C) Régimen de funcionamiento de las Entidades Locales: vigencia del artículo 121 RSCL respecto a la obligación legal de exponer al público en las concesiones, los pliegos, proyectos, reglamentos y tarifas por un período de treinta días**

La STS de 22 de junio de 2004, Ar. 4111, desestima el recurso interpuesto frente a la STSJ de Castilla-La Mancha, declarando nulos los Acuerdos del Ayuntamiento de Toledo relativos a la aprobación definitiva del Pliego de condiciones de concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado, por falta del trámite de audiencia a través de la exposición en el tablón de anuncios de la Corporación local del acuerdo de aprobación inicial. La STS resuelve la cuestión relativa a la vigencia de los artículos 121 RSCL y 122 TRRL, una vez publicada la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que nada señala sobre la exposición al público de los pliegos de concesiones administrativas, limitándose a exigir la publicación de los contratos en los boletines oficiales y sin que en ninguno de sus preceptos se imponga el requisito previo de exposición al público de los pliegos o anuncios, por lo que podría sostenerse que este requisito ha desaparecido del ordenamiento jurídico al haber sido derogado tácitamente por la LCAP. En contra de esta argumentación el TS ha destacado la vigencia del artículo 121 RSCL, por no haber sido derogado explícitamente, y no oponerse a lo dispuesto en la LCAP, siendo por el contrario este requisito una garantía del cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 9 y 105 CE.

**D) Impugnación de actos y acuerdos de las corporaciones locales. Las Comunidades Autónomas que tengan la competencia genérica en materia de régimen local pueden impugnar los acuerdos municipales que puedan infringir el ordenamiento**

La STS de 2 de febrero de 2005, Ar. 1130, estima el recurso de casación interpuesto por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 23 de julio de 2001, que inadmitía el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la misma representación procesal contra los Acuerdos de los Ayuntamientos de Condado de Treviño y La Puebla de Arganzón de 21 de enero y 3 de febrero de 2000, respectivamente, sobre el valor cultural del vasco y castellano y promoción del conocimiento y uso del vasco. La inadmisión se centraba en que la Comunidad Autónoma carecía de una competencia específica en materia lingüística y por tanto los acuerdos municipales no suponían una injerencia en las competencias propias de la Comunidad Autónoma. Sin embargo, el Tribunal Supremo, tras analizar la doctrina jurisprudencial y en particular las SSTS de 13 de marzo de 1999 y de 3 de marzo de 2004, entiende que basta con que las Comunidades Autónomas tengan la competencia genérica en materia de régimen local para poder impugnar los acuerdos municipales que puedan infringir el ordenamiento. Entiende el Alto Tribunal que los artículos 64 y 65 de la Ley de Bases de Régimen Local no implican un control genérico de legalidad ni un control específico de las Comunidades Autónomas sobre los actos y acuerdos de las Corporaciones locales, sino sólo la posibilidad de someterlos a revisión jurisdiccional mediante un control efectuado, no por las Administraciones estatal o autonómica, sino por los órganos contencioso-administrativos. El principio *pro actione* y el concepto de interés legítimo conducen también a esta solución, que no lesiona el principio constitucional de autonomía municipal. Estimado el motivo de casación, el Tribunal Supremo desestima el recurso contencioso-administrativo al entender que los acuerdos municipales implican una actividad de conservación y fomento de un valor cultural, como es el uso de un idioma que no desconoce el valor de la lengua oficial, que encuentra cobertura legal en el principio de autonomía municipal en la gestión de sus intereses y, de manera particular, puede entenderse amparada en las competencias sobre actividades culturales [artículo 25.2.m) LBRL].

**E) Segregación de términos municipales: requisitos**

Las SSTS de 1 y 15 de marzo de 2005, Ar. 2211 y 2240, respectivamente, desestiman sendos recursos de casación interpuestos en materia de segregación de municipios. El primero de ellos se interpuso contra el Real Decreto 42/1997, de 27 de junio, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por el que se denegaba la solicitud de segregación de electores y vecinos en diversos núcleos poblacionales del término municipal de Cartagena y del municipio de San Javier. El Tribunal de instancia basó su fallo en la falta de cumplimiento de dos de los requisitos exigidos por la normativa vigente (artículo 13.2 LBRL y artículos 7 y 11 de la Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia) para que pueda ser admitida la segregación, argumentos que hizo suyos el TS, añadiendo además, en contra de lo solicitado por los recurrentes,

## VI. Organización Administrativa

que no existía infracción del principio de autonomía local, pues como ya expresó la STS de 16 de mayo de 2001, la mención de la autonomía municipal que se contiene en los textos legales y en la CE viene referida a los municipios y no a las porciones de los mismos que pretenden la segregación municipal, por lo que, para llegar a alcanzar la autonomía, es necesario que previamente se adquiriera la condición de municipio, y para llegar a esta condición se han de cumplir una serie de requisitos previstos en la Ley, en concreto en el presente caso se incumplían: a) falta de mayoría de vecinos a favor de la segregación de determinados núcleos y b) falta de justificación de que la segregación comporte una mejora objetiva de prestación de servicios.

Por lo que respecta al segundo de los recursos, muy similar al anterior, se interpuso contra la Resolución de la Dirección General de la Administración Local y Justicia de Andalucía de 15 de septiembre de 1994. En su Sentencia el TS señala que el artículo 13 LBRL establece una legislación estatal básica que defiere la regulación sobre la creación o supresión de municipios a lo que disponga la legislación de las Comunidades Autónomas sobre régimen local, por lo que la normativa autonómica andaluza (Ley 7/1993, de 27 de julio, de Demarcación Municipal de Andalucía) puede introducir requisitos más rigurosos en el ejercicio de su propia capacidad normativa sin vulneración del principio de autonomía local, y sin que la existencia de diversas regulaciones más o menos rigurosas en cada Comunidad Autónoma pueda considerarse una discriminación contraria al artículo 14 CE.

### **F) Mancomunidades de municipios. Los criterios de representatividad de los ayuntamientos en los órganos de las mancomunidades se fijan por los estatutos de las mismas conforme al artículo 44.2 LBRL**

La STSJ de Cataluña de 16 diciembre de 2004, Ar. 34095, desestima un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra un acto municipal por el que se aprobó la constitución y los estatutos de una Mancomunidad intermunicipal. La pretensión anulatoria de los recurrentes se fundamentaba en la falta de representatividad de los municipios asociados en los órganos de gobierno de la Mancomunidad, lo que a su juicio infringía el artículo 44.2 LBRL y el artículo 113.4 de la Ley Municipal de Cataluña. Estos preceptos establecen que los referidos órganos de gobierno serán representativos de los Ayuntamientos mancomunados, mientras que los preceptos estatutarios recurridos sólo articulan una verdadera representatividad respecto de uno de los elementos que forman la corporación municipal, el Alcalde, pero no del otro, los Concejales. Asimismo los recurrentes consideraban que al igual que en las Comisiones Informativas han de estar representados todos los grupos políticos integrantes de la Corporación, también en el caso de que el Ayuntamiento deba estar representado en una entidad distinta de él, en la misma medida han de estar en tal entidad representados todos los grupos políticos. A dichos argumentos responde en su Sentencia el Tribunal de instancia, que no cabe acogerlos pues el supuesto de autos no trata de la representación en órganos del Ayuntamiento, como es el caso de las Comisiones Informativas, sino de la representación en órganos colegiados de entidades con personalidad jurídica independiente, como ocurre con las mancomunidades, añadiendo que la representación que se establece en el artículo 44.2 LBRL y en el 113.4 de la Ley Municipal catalana ha de predicarse de los Ayuntamientos respectivos y no de los grupos políticos que compongan cada Ayuntamiento que se mancomuna. La Ley no fija, como hace con las

Comisiones Informativas, cuáles son estos criterios de representatividad, dejando que sean los estatutos los que establezcan esta representatividad.

### 3. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

#### **A) Los consejos generales de colegios no pueden irrogarse funciones excluyentes de la participación de los colegios morosos en las asambleas generales**

La STS de 5 de octubre de 2004, Ar. 6545, desestima el recurso interpuesto frente a la STSJ de Madrid, que anuló los acuerdos adoptados por la Asamblea de Presidentes del Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados en Enfermería, por vulneración de los requisitos legalmente establecidos para la formación de la voluntad de los acuerdos adoptados. El TS señala en su Sentencia que la falta de contribución económica de los Colegios Provinciales al sostenimiento económico del Consejo General, no significa que dicho Consejo pueda irrogarse funciones excluyentes de la participación de Colegios morosos, impidiendo su convocatoria a la Asamblea General, pues con ello no se hace sino prescindir de la opinión que un Colegio Provincial representa sobre un sector profesional y un ámbito territorial concreto, esto es, del derecho a emitir su voz y su voto, no contribuyendo desde luego de esta manera a que la estructura y funcionamiento sean democráticos, en los términos del artículo 36 de la Constitución Española. En consecuencia, nos encontramos con que el acuerdo de convocatoria eludió las normas reguladoras de la formación de la voluntad de los órganos colegiados, por lo que incurre en un vicio de nulidad de pleno derecho.

#### **B) El Real Decreto 1753/1998, de 31 de julio, que regulaba el acceso excepcional al título de Médico Especialista en Medicina Familiar y Comunitaria y sobre el ejercicio de la Medicina en Familia en el Sistema Nacional de Salud no vulnera el principio de igualdad**

La STS de 13 de octubre de 2004, Ar. 6568, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Coordinadora Estatal de Asociaciones de Médicos Generales contra el Real Decreto 1753/1998, de 31 de julio, que regulaba el acceso excepcional al título de Médico Especialista en Medicina Familiar y Comunitaria y sobre el Ejercicio de la Medicina en Familia en el Sistema Nacional de Salud, considerando que no vulnera el principio de igualdad. A este respecto la STS señala que el mérito de formación especializada vía MIR no tiene por qué ser el único mérito a que debe atenderse para decidir estos concursos. Para conocer dichos méritos y su respectiva valoración habrá que estar al baremo correspondiente, lo que no es obstáculo a que la valoración del mérito consistente en haber seguido el período de formación especializada vía MIR tenga una puntuación global equivalente a la que se asigne a un ejercicio profesional como Médico de Familia entre seis y ocho años. En consecuencia, no existe una preferencia de la vía MIR que excluya cualquier otro mérito, estableciéndose solamente una equivalencia entre este mérito y el del ejercicio profesional entre seis y ocho años, que no es desproporcionada ni puede

## VI. Organización Administrativa

convertir la vía MIR en determinante en el momento de resolver el concurso, en el que habrán de valorarse otros méritos. En definitiva, no aparece desviación de poder, ni discriminación, ni vulneración del principio de igualdad, ni arbitrariedad de clase alguno, con relación al Real Decreto recurrido, que no pretende regular el ejercicio de una profesión, ni la profesión médica en general, ni la profesión especializada en Medicina Familiar y Comunitaria, sino que se limita sólo y exclusivamente a abrir una vía extraordinaria de acceso a dicho título de especialista en Medicina Familiar y Comunitaria, y a establecer unos requisitos para el desempeño de Medicina de Familia en el Sistema Nacional de Salud, y ello a través de normas que no sobrepasan el margen de actuación que corresponde a los Reglamentos.

### 4. UNIVERSIDADES

#### A) Composición de los consejos de departamento y régimen del profesorado universitario a la luz de la Ley Orgánica de Universidades

La STSJ de Cantabria de 23 de diciembre de 2004, Ar. 33678, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un Profesor de la Universidad de Cantabria contra el Decreto 169/2003, de 26 de septiembre, del Consejo de Gobierno de Cantabria por el que se aprueban los Estatutos de dicha Universidad. Tras reconocer la legitimación del recurrente, el Tribunal analiza los distintos preceptos estatutarios impugnados entendiendo, en primer lugar, que es perfectamente acorde con el artículo 19 de la Ley Orgánica de Universidades la integración en los Consejos de Departamento de todos los Profesores a tiempo completo con responsabilidad docente y no sólo de los que ostenten el grado de Doctor, ya que la Ley Orgánica atribuye a los Estatutos de cada Universidad la facultad para fijar la forma y porcentajes de participación en dichos órganos colegiados. También considera que los Estatutos de la Universidad de Cantabria no crean un cuerpo docente distinto a los contemplados en la LOU al regular la figura de los profesores colaboradores honoríficos, en tanto éstos desarrollan sus funciones de forma gratuita, son elegidos en función de su relevancia profesional y no desempeñan labores docentes propiamente dichas, sino que sus actividades complementarias a la docencia se realizan bajo la supervisión de un profesor con plena capacidad docente. Finalmente, en relación con las transformaciones de figuras de profesorado a las que hacen referencia las disposiciones transitorias de los Estatutos, el Tribunal entiende que los Estatutos tratan de dar solución a figuras de profesores que no tienen ya encaje en la LOU, poniendo fin a una situación a extinguir, pero sin vulnerar los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, ya que dicho profesorado fue sometido a un proceso selectivo y concurrente en el momento de acceso a su plaza. Esa transformación se llevará a cabo, además, siempre que se reúnan los requisitos previstos por la nueva Ley para cada categoría de profesorado y previa acreditación de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad u órgano de evaluación externo que determine la legislación autonómica. Con ello, el Tribunal considera respetados los principios de igualdad, mérito y capacidad.

**B) La notificación individual de la convocatoria a sesiones de órganos de gobierno debe quedar fehacientemente probada**

La STSJ de Castilla y León de 4 de febrero de 2005, Ar. 73978, desestima el recurso de apelación interpuesto por la Universidad de Salamanca frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso núm. 1 de dicha localidad, de 9 de enero de 2004, que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un miembro de la Junta de la Facultad de Ciencias contra convocatoria de Junta de Facultad y contra acuerdo adoptado en la correspondiente reunión. El Tribunal mantiene la nulidad de la convocatoria y de la posterior reunión de la Junta de Facultad en tanto no considera suficientemente probado que la convocatoria hubiese sido notificada a todos los miembros del órgano. El depósito en los casilleros sólo podrá considerarse válido en determinados supuestos en que se acredite de forma fehaciente la notificación, lo que no ocurre en el presente caso. Sin embargo, y aunque ello no altera la solución final, el Tribunal acoge el segundo motivo del recurso de apelación ya que no existe, en el Reglamento interno de funcionamiento del órgano colegiado, un límite temporal mínimo de separación entre la primera y la segunda convocatoria, por lo que basta con un intervalo de media hora entre la primera y la segunda convocatoria. Tampoco, como advierte la apelante, se exige que en el acto de convocatoria se recoja una relación nominativa y numérica de los miembros del órgano colegiado.

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. Concepto de infracción. Elementos.** **3. Reserva de ley y tipicidad.** A) Alcance de la colaboración reglamentaria. B) Principio de legalidad y Ordenanzas municipales: límites de la cobertura legal que la Ley 57/2003 presta a las infracciones y sanciones tipificadas en ordenanzas municipales. C) Principio de legalidad y publicidad de las normas. D) Línea jurisprudencial más exigente sobre el alcance de la reserva de ley en las relaciones de sujeción especial. E) Admisión de las normas sancionadoras en blanco. F) Crítica a la declaración de inconstitucionalidad, por vulneración de la reserva de ley, de los Reglamentos sancionadores de las Denominaciones de Origen. **4. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable.** A) La retroactividad debe aplicarse en cualquier instancia, administrativa o judicial, donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora. B) Retroactividad en tipos sancionadores en blanco: un cambio en la norma no sancionadora que limite el alcance del supuesto de hecho de la norma sancionadora en blanco da lugar a una nueva Ley sancionadora más favorable que deberá aplicarse retroactivamente. **5. Antijuridicidad: límites a la libertad de expresión o al ejercicio legítimo de un cargo como causas excluyentes.** **6. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.** A) Extensión del deber de diligencia para los sujetos que generan riesgos graves. B) Extensión del deber de diligencia del empresario por accidentes laborales. C) Extensión del deber de diligencia: el deber de saber. D) Su exclusión por fuerza mayor. E) Las infracciones por omisión también exigen la concurrencia de un elemento intencional o negligente para ser sancionables. **7. Sujetos responsables: los administradores de las personas jurídicas.** **8. Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: non bis in idem.** A) Concurso de infracciones administrativas. B) Non bis in idem material. C) Admisión de doble procedimiento

punitivo sucesivo por la misma infracción en el Derecho Administrativo Sancionador.

**9. Competencia sancionadora: la delegación de la resolución de un recurso contra una sanción en el órgano administrativo que la ha dictado no es una causa de incompetencia manifiesta ni, por tanto, de nulidad absoluta. 10. Procedimiento sancionador.**

A) Los derechos de defensa del imputado deben garantizarse en vía administrativa, no después. B) Legitimación del denunciante para recurrir el archivo de su denuncia contra un juez por su posible responsabilidad disciplinaria. C) Información reservada: la declaración prestada en este trámite por quien luego resulta imputado en virtud de la misma sin informarle de sus derechos puede originar indefensión. Además, tanto si es prestada por el imputado como por un tercero carece de valor probatorio si no es ratificada en el procedimiento. D) La suspensión provisional de funcionario sometido a procedimiento disciplinario o penal no vulnera la presunción de inocencia siempre que respete los límites legales. E) El nombramiento de secretario es una medida de carácter potestativo.

**11. Prueba y presunción de inocencia.** A) Consecuencias que origina la presunción de inocencia en materia de prueba. B) La denegación motivada de las pruebas propuestas por innecesarias no vulnera el derecho a la prueba. C) La omisión probatoria sólo genera indefensión cuando afecte a una prueba trascendente. D) Valor probatorio de atestados policiales y actas de inspección: su ratificación. E) Un parte de un militar puede constituir prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, o no serlo, según las circunstancias concurrentes. F) Carga de la prueba: las eximentes tiene que probarlas quien las alega. G) El garante por Ley de que no se cometa una infracción se presume culpable de la misma si ésta llega a realizarse. Sobre él pesa la carga de probar las circunstancias que justifiquen su actuación y eliminen su responsabilidad. H) La responsabilidad subsidiaria de los administradores de las personas jurídicas por las infracciones cometidas por éstas: diversas posiciones jurisprudenciales en torno al alcance de la presunción de inocencia. **12. Resolución sancionadora.** A) Es nula si no fija la declaración de hechos probados. B) Exigencias de motivación del acto sancionador dictado en virtud de una norma sancionadora en blanco. **13. Caducidad del procedimiento sancionador.**

A) No extingue la responsabilidad sancionadora. B) Días inicial y final en el cómputo del plazo de caducidad. C) Consecuencias que origina la modificación de la calificación jurídica del hecho imputado durante la tramitación del procedimiento en su plazo de

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

caducidad. **14. Extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad e individualización de las sanciones.** A) A falta de circunstancias modificativas, corresponde la imposición de la sanción en su grado medio. B) Circunstancias que aunque no son causas modificativas de la responsabilidad del infractor, sí deben valorarse a la hora de determinar el alcance de la sanción por su incidencia en la culpabilidad e imputabilidad.

**15. Extinción de la responsabilidad por prescripción.** A) Prescripción de las infracciones continuadas, permanentes y de estado. B) La tramitación de un recurso contencioso-administrativo contra una sanción no interrumpe el plazo de prescripción de la hipotética infracción que el Tribunal considera que la Administración debía haber apreciado.

**16. Ejecutividad de las sanciones: la presunción de inocencia obliga a que las sanciones sólo puedan ser ejecutivas cuando pongan fin a la vía administrativa.** **17. Control jurisdiccional de las sanciones.** A) Límites al control judicial establecidos por la Ley Procesal Militar que se consideran inconstitucionales. B) Nulidad de la previsión del Reglamento de Procedimiento Sancionador en materia de tráfico que suprimía la reducción de la multa por pago anticipado si se alegaba o recurría después. C) Posibilidad de modificar la infracción imputada, aunque manteniendo los hechos. D) Posibilidad de sustituir o modular la sanción.

### 1. CONCEPTO DE SANCIÓN

#### A) Actos que constituyen sanción

– La suspensión por 15 días de la concesión de una expendiduría de tabacos. La STC 26/2005, de 14 de febrero, recurso de amparo, afirma que no sólo es que la normativa aplicable así califica esta medida, sino que tiene una función represiva, retributiva o de castigo, con restricción de derechos como consecuencia de un ilícito, “que es, en esencia, la característica destacada por la jurisprudencia de este Tribunal como específica de las sanciones”.

#### B) Actos que no constituyen sanción

– “La obligación de consignar o reformar determinados apuntes contables, siquiera revista un carácter negativo”, por parte de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social (STS de 29 de septiembre de 2004, Sección Cuarta, Ar. 7674).

– La suspensión provisional de funciones de un funcionario durante la tramitación de un procedimiento judicial penal por un posible delito de cohecho (STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2004, Ar. 1150).

– La resolución de un Ayuntamiento por la que se declara la situación de incompatibilidad del titular de una licencia de autotaxi con el ejercicio de otra profesión [entre otras, las SSTs de 16, 17 y 22 de diciembre de 2004 (tres), Sección Cuarta, Ar. 50, 692, 76, 400 y 401 de 2005].

## 2. CONCEPTO DE INFRACCIÓN. ELEMENTOS

“Las infracciones administrativas, para ser susceptibles de sanción o pena, deben ser típicas, es decir, previstas como tales por norma jurídica anterior, antijurídicas, esto es, lesivas de un bien jurídico previsto por el Ordenamiento, y culpables, atribuibles a un autor a título de dolo o culpa, para asegurar en su valoración el equilibrio entre el interés público y la garantía de las personas” (SAN de 7 de octubre de 2004, Ar. 1578).

## 3. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

### A) Alcance de la colaboración reglamentaria

La Ley del Mercado de Valores tipifica como infracción administrativa “la falta de comunicación de informaciones a (...) la Comisión Nacional del Mercado de Valores en los casos en que dicha comunicación sea preceptiva con arreglo a esta Ley” [art. 100.j)]. La propia Ley recoge que con carácter semestral las entidades emisoras de valores harán públicos sus estados financieros completos, con el contenido que determine el Ministerio de Economía y Hacienda. Sobre la base de esta habilitación, se aprueba una Orden ministerial en la que se establece el deber de comunicar las rectificaciones que se hayan producido respecto a las informaciones semestrales ofrecidas en su momento y se añade que el incumplimiento de este deber constituye infracción administrativa conforme a lo previsto en el art. 100.j) de la Ley del Mercado de Valores. La STS de 30 de diciembre de 2004, Sección Tercera, Ar. 90 de 2005, entiende que con base en un “lectura estricta del precepto legal” —el mantenido por la sentencia recurrida— no cabría reglamentariamente imponer la obligación de comunicar las mencionadas divergencias, puesto que en puridad no sería posible calificarlas como “contenido de las informaciones trimestrales o semestrales”. No obstante, la Sala concluye que el incumplimiento de comunicar tales rectificaciones queda igualmente comprendido en la conducta sancionada por la propia Ley, pues la obligación de comunicar las informaciones semestrales “no cumpliría adecuadamente su finalidad legal, o la cumpliría de manera deficiente, si habiéndose constatado su inexactitud, no se hubiera completado el contenido de la obligación (con ese deber previsto en la Orden ministerial de comunicar la rectificación) (...), con lo que se evidencia que el titular de la potestad reglamentaria no ha configurado una nueva

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

infracción, sino que se ha limitado a concretar la obligación legal ya prevista y, con ello, asimismo, a detallar la infracción previamente determinada por la Ley”.

### **B) Principio de legalidad y Ordenanzas municipales: límites de la cobertura legal que la Ley 57/2003 presta a las infracciones y sanciones tipificadas en ordenanzas municipales**

– No se extiende a las dictadas con anterioridad a dicha Ley.

Razona la SAN de 25 de noviembre de 2004, Ar. 1076, que “conforme al art. 9 de la Constitución se garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras y restrictivas de los derechos individuales entre los que se encuentran los contenidos en el art. 25, pues se trata de un derecho fundamental”. En consecuencia, no resulta aplicable lo dispuesto en los arts. 127 y 129 Ley 30/1992, en su redacción dada por la Ley 57/2003, a una ordenanza municipal que tipificaba y sancionaba determinada infracción, sin cobertura legal alguna, dado que la ordenanza “es de fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 57/2003”.

– No puede entenderse como una habilitación legal genérica y suficiente para cubrir las exigencias derivadas del principio de legalidad en todos los casos.

Según la SAN de 25 de noviembre de 2004, Ar. 1076, “la Ley (...) establece una serie de criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones”. Por lo tanto, sólo las conductas encuadrables en tales criterios mínimos de antijuridicidad, regulados en el actual art. 139 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, pueden ser válidamente tipificadas como infracciones y consiguientemente sancionadas. Las anteriores consideraciones llevan a la sentencia a declarar nula la Ordenanza General de obras, servicios e instalaciones en las vías públicas y espacios públicos municipales, del Ayuntamiento de Madrid, en cuanto prevé una sanción por la no utilización en estas obras de vallas de los modelos definidos en la ordenanza. A juicio de la sentencia, “la no utilización en estas obras de vallas de los modelos definidos en la ordenanza, ni impide el uso de un servicio público por otra u otras personas con derecho a su utilización, ni obstruye el normal funcionamiento de un servicio público, ni supone un deterioro grave e importante de equipamientos, infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio público, ni impide el uso de un espacio público por otra u otras personas con derecho a su utilización, ni supone un deterioro de espacios públicos o de cualquier de sus instalaciones o elementos”, que son los criterios de antijuridicidad establecidos por LRBRL.

### **C) Principio de legalidad y publicidad de las normas**

Reitera una vez más la STS de 27 de octubre de 2004, Sección Tercera, Ar. 7775, que la falta de publicación íntegra de las Normas Técnicas de Auditoría en el Boletín Oficial del Estado no vulnera el principio de tipicidad del art. 25 CE. Tales normas son publicadas, conforme a la normativa vigente, en el Boletín del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), recogiendo el BOE un simple anuncio de tal publicación. La sentencia niega la vulneración del art. 25 conforme a los mismos argumentos utilizados en ante-

riores ocasiones: que el medio por el que se materializa la publicidad de las normas es una cuestión de legalidad ordinaria, y ésta impone la publicación de las Normas Técnicas de Auditoría en el Boletín del ICAC; y que la relación de sujeción especial a la que están sometidos los auditores de cuentas, únicos destinatarios de estas normas, hace razonable la específica publicidad en el Boletín del ICAC, en lugar del BOE, que tiene como destinatarios a la generalidad de los ciudadanos.

### **D) Línea jurisprudencial más exigente sobre el alcance de la reserva de ley en las relaciones de sujeción especial**

La **STC 26/2005, de 14 de febrero**, recurso de amparo, se enfrenta a la constitucionalidad de una sanción impuesta a la titular de una expendiduría de tabacos, sobre la base de uno de los tipos previstos en el Reglamento regulador de las actividades de importación y comercio mayorista y minorista de labores del tabaco (RD 2738/1986). La base legal del tipo aplicado la constituye un precepto de la Ley 38/1985, del monopolio fiscal de tabacos, que establecía que “también podrá la Delegación del Gobierno imponer sanciones de hasta 200.000 pesetas de multa y suspensión del ejercicio de la concesión por el plazo de hasta seis meses, cuando los Expendedores incurran en infracciones que se determinen en el Reglamento de la Red de venta al por menor del Monopolio (...)”. La sentencia reitera la jurisprudencia constitucional sobre la eficacia relativa o limitada de la reserva de Ley en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador y más concretamente en el ámbito de las denominadas relaciones de sujeción especial. Sin embargo, a partir de ahí, se hace una aplicación más restrictiva de esta flexibilización que en otras ocasiones (así se encarga de recordarlo el voto particular que acompaña a la sentencia). Se concluye que la remisión de la mencionada ley al reglamento “se hace fijando las sanciones máximas (...), pero sin que sea la propia Ley la que determine los elementos esenciales de las infracciones, es decir, sin una ‘definición básica de la conducta prohibida en la propia ley’ (STC 60/2000, de 2 de marzo, FJ 4º), de forma tal que el Reglamento aplicado para sancionar a la recurrente en amparo 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 legal previa alguna en cuanto a la tipificación de las conductas consideradas infractoras (...), lo que no puede admitirse en virtud del art. 25.1 CE”.

A mayor abundamiento, la sentencia añade que “en el supuesto que nos ocupa ningún precepto constitucional, ni tampoco una ley conforme con la Constitución, prevén, ni explícita ni implícitamente, la limitación de derechos constitucionales en un ámbito económico como el de los concesionarios de expendidurías de tabaco. Por ello, también ‘con independencia de cómo se denomine la relación’ que une a la titular de la concesión con la Administración, ‘no hay fundamento alguno’ para que la infracción por la que se sancionó a la recurrente ‘carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el art. 25.1 CE’ (...) pues, como se ha expuesto, ‘la Ley sancionadora ha de contener los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer’”, lo que no ocurre en el presente caso. En los mismos términos las **SSTC 54 y 91, de 14 de marzo y 18 de abril de 2005**, respectivamente.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### E) Admisión de las normas sancionadoras en blanco

Reiteran la doctrina sobre esta cuestión, la STS de 27 de octubre de 2004, Sección Tercera, Ar. 7775 (el incumplimiento de las Normas Técnicas de Auditoría) y la STS de 18 de noviembre, Sección Sexta, Ar. 6906 (el incumplimiento de los deberes reglamentarios de los notarios).

### F) Crítica a la declaración de inconstitucionalidad, por vulneración de la reserva de ley, de los Reglamentos sancionadores de las Denominaciones de Origen

Las SSTC 52 y 132/2003, de las que ya dimos cuenta en una crónica anterior, declararon que el régimen sancionador previsto en los Reglamentos de las Denominaciones de Origen incumplía las exigencias formales del principio de legalidad penal, al carecer de cobertura legal suficiente. A juicio de las SSTS de 21 de junio y de 2 de julio de 2004, Sección Cuarta, Ar. 7935 y 6504, el TC no apreció “la necesidad de singularizar en este caso su doctrina sobre la legalidad en materia sancionadora”. Esta especial aplicación se justificaría en atención “a la singularidad que representan las relaciones propias de los Consejos Reguladores con respecto de los productores, al carácter voluntario de su adhesión a un especial régimen de protección que llevaba como contrapartida asumir unas ciertas obligaciones y a la garantía de los consumidores que sin el régimen sancionador previsto para quienes incumplen dichas obligaciones se ven desprotegidos, sin seguridad ninguna respecto a que adquieran realmente un producto con las características y condiciones que promete la denominación de origen”.

## 4. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE

### A) La retroactividad debe aplicarse en cualquier instancia, administrativa o judicial, donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora

Lo afirma expresamente la SAN de 14 de mayo de 2004, Ar. 1029.

### B) Retroactividad en tipos sancionadores en blanco: un cambio en la norma no sancionadora que limite el alcance del supuesto de hecho de la norma sancionadora en blanco da lugar a una nueva Ley sancionadora más favorable que deberá aplicarse retroactivamente

Así concluyen las SSTS de 1 y de 13 de diciembre de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 640 y 757 de 2005. La Ley Orgánica reguladora del régimen disciplinario de la Guardia Civil tipifica la ausencia del destino o residencia, incumpliendo las normas sobre permisos. En el momento de los hechos, estaba vigente una Orden General conforme a la que ningún miembro de la Guardia Civil podía desplazarse desde su residencia o destino sin la oportuna autorización. Un Guardia Civil de baja laboral fue sancionado por desplazarse sin solicitar dicha autorización. Por el contrario, en el momento de resolverse el recurso de casación está vigente una nueva Orden que elimina esa necesidad de autorización y sólo obliga a estar localizable. La Sala aplica el principio de retroactividad de la norma sancio-

nadora más favorable y anula la sanción. Esta doctrina, como mínimo, debería ser objeto de matizaciones profundas pues podría conducir a resultados injustos y hasta absurdos.

## **5. ANTIJURIDICIDAD: LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN O AL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN CARGO COMO CAUSAS EXCLUYENTES**

La STS de 29 de octubre de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 740 de 2005, reitera la doctrina conforme a la que el ejercicio de la libertad de expresión por parte de los militares ha de sujetarse no sólo a los límites expuestos constitucionales sino también a otros más precisos necesarios para proteger los fundamentos de la organización castrense (la disciplina, la sujeción jerárquica y la unidad interna). Sobre esta base considera que no pueden considerarse amparadas por esta libertad ciertas declaraciones en rueda de prensa del Guardia Civil sancionadas disciplinariamente en las que se refería a un grupo de mandos “amantes de la dictadura y que entendemos que son psicópatas” que “coartan los derechos constitucionales de los agentes”.

Este Guardia Civil también alega que su condición de Secretario General de la Asociación Coproper es una causa de exclusión de la antijuridicidad. La Sala estima que “la condición de Secretario o de cualquier otro órgano representativo de la Asociación Coproper no supone ni representa causa de exclusión de la antijuridicidad en las declaraciones que se profieran, si (...) resultan antijurídicas en sí mismas, en tanto han de valorarse como insultantes, vejatorias y genéricamente difamatorias” (...)” (L)a pertenencia a la citada entidad en modo alguno desvincula al miembro de la Guardia Civil de sus obligaciones y de las normas deontológicas que han de presidir su comportamiento”.

## **6. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD**

### **A) Extensión del deber de diligencia para los sujetos que generan riesgos graves**

– La entidad mercantil “Boliden Apirsa” es sancionada como responsable de la infracción consistente en la realización de “vertidos que puedan deteriorar la calidad del agua o las condiciones de desagüe del cauce receptor, efectuados sin contar con la autorización correspondiente” y la de incumplimiento de las prohibiciones establecidas en la Ley de Aguas. Los hechos de los que trae causa esta sanción es la rotura en abril de 1998 de la presa que esta empresa explotaba en Aznalcóllar. Según los informes que se aportaron como prueba en el proceso penal que se tramitó por estos mismos hechos, la rotura de uno de los diques de la presa se debió a que ni en el proyecto de construcción de aquélla, en 1978, realizado por INTECSA, ni en un posterior estudio de estabilidad y otro proyecto de recrecimiento, elaborados en 1996 por GEOCISA, se previó adecuadamente el comportamiento del subsuelo. Además, en el mencionado estudio de estabilidad, GEOCISA propuso la instalación de una serie de elementos de control (entre ellos, cuatro inclinómetros y varios piezómetros) que fueron efectivamente colocados y cuya verificación

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

periódica se le encomendó a esta última empresa. A pesar de ello, queda también probada la existencia de una avería en uno de los inclinómetros desde enero de 1998, precisamente el que estaba colocado en la zona del dique donde se produjo la rotura, y que quizás hubiera podido servir para detectar deformaciones del cimiento antes de su rotura.

Sobre esta base, Boliden entiende que no concurre el elemento culpabilístico, por cuanto su deber de diligencia quedó suficientemente cumplido por el encargo que para la redacción de dichos proyectos efectuó a dos empresas, INTECSA y GEOCISA, de reconocida reputación en el sector, de tal modo que fueron estas empresas las que no observaron el más exquisito cuidado que les era exigible a pesar de que se habían comprometido a elaborar los mismos de acuerdo con la mejor técnica disponible. Por el contrario, la **STS de 22 de noviembre de 2004**, Sección Quinta, Ar. 20 de 2005, una vez excluida la calificación del accidente como fortuito o inevitable, considera que la responsabilidad de Boliden “no queda exonerada porque la rotura de la balsa se produjera por los defectos en el diseño de la presa según unos proyectos que no fueron elaborados por ella. (...) A Boliden Apirsa, SL, le es imputable la culpa en la elección de esa empresa y la culpa por no haberse implicado más directamente en la vigilancia de unos instrumentos de control creados para mantener en situación de seguridad una situación de riesgo creada por ella en el ejercicio de su actividad”.

– Por su parte, la **SAN de 7 de octubre de 2004**, Ar. 983, sostiene que no basta para excluir la responsabilidad de un club de fútbol por los graves incidentes ocurridos durante un encuentro la simple contratación de un servicio de vigilantes de seguridad, aun habiendo sido establecido “de forma idónea para el cometido encomendado”. Y añade: “recae sobre los organizadores y propietarios de recintos deportivos la obligación de garantizar las necesarias medidas de seguridad en los recintos deportivos que no se agota con arbitrar los medios normales de protección y control (...), sino que vienen además obligados a la adecuada vigilancia del cumplimiento de sus instrucciones, que deben tender a la finalidad de prevenir –y evitar– a los asistentes al espectáculo deportivo los riesgos que cualquier evento tumultuoso origina y garantizar el orden y la seguridad pública”. En concreto, se trataba de unos incidentes ocurridos durante un encuentro entre el FC Barcelona y el Real Madrid FC, en el Camp Nou, el 23 de noviembre de 2002. Los hechos consistieron en la introducción y encendido de cuatro bengalas, en la introducción y lanzamiento masivo de gran número de objetos peligrosos [una botella de whisky, latas de cerveza, un teléfono móvil, una cabeza de cochinillo (sic), etc.] y en la concentración de alrededor de 2.000 personas en una esquina del estadio, siendo su aforo de 1.650 localidades. Más aun la sanción se mantiene, aunque la sala afirma que tales incidentes sólo pudieron producirse “por negligencia, falta de diligencia o preparación para desarrollar su cometido por parte de los integrantes del dispositivo de Seguridad Privada”.

– La propietaria de un buque mercante fue sancionada por un vertido de fuel en el puerto de Bilbao. El vertido se debió, probablemente, a un poro, que produjo la comunicación entre un tanque de lastre y uno de combustible. La entidad sancionada alega la falta de elemento culpabilístico en la infracción, dado que “la presencia de un poro en el conducto de ventilación de uno de los tanques no pasa de ser un accidente ajeno al capitán, a la tripulación y al propietario del buque”, de modo que “tal hecho resultaría (...), inevitable

e impredecible y, por tanto, no susceptible de ser sancionado”. La STSJ de Madrid de 13 de mayo de 2004, Ar. 992, estima por el contrario que “el vertido se produce como consecuencia de una deficiencia no detectada por los responsables del buque”, por lo que “no parece que pueda exonerarse al demandante de toda responsabilidad acudiendo al expediente del caso fortuito o de la falta de intencionalidad activa u omisiva”. En especial, porque “lo verdaderamente relevante al respecto es que el buque presentaba una deficiencia que forzosamente ha de imputarse a su titular, sobre todo si se tiene en cuenta la significación, relevancia y eventual peligrosidad del transporte marítimo, que imponen a los titulares un plus de diligencia y cuidado”.

### **B) Extensión del deber de diligencia del empresario por accidentes laborales**

Como consecuencia de una parada del sistema de ventilación por falta de energía eléctrica, se produjo el fallecimiento de un trabajador, el Sr. Juan, que se encontraba recubriendo de caucho el interior de un tanque cerrado. Los otros dos trabajadores, los Sres. Silvio y Ricardo, que sobrevivieron al accidente, indicaron que “habían recibido la instrucción consistente en que en caso de falta de ventilación debían salir del depósito, a pesar de lo cual, el fallecido Sr. Juan y don Silvio permanecieron en el mismo en su deseo de terminar pronto la tarea que estaban realizando”. En estas circunstancias, la empresa empleadora –y sancionada por la comisión de una infracción laboral– alega la falta de elemento subjetivo en la infracción imputada, toda vez que “los trabajadores accidentados poseían la suficiente formación técnica así como adiestramiento y estaban utilizando medios de protección individual, mascarillas filtrantes, adecuados”. La STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2004, Ar. 993, considera, sin embargo, que “realmente no había existido un verdadero y suficiente adiestramiento y formación especial para llevar a cabo la muy peligrosa actividad que desarrollaban”. Razonamiento que deduce porque “de haber contado con dicha formación habrían sido conscientes de la necesidad de sanear y eliminar la toxicidad atmosférica creada durante el tiempo en que no hubo ventilación, así como de usar en todo momento las mascarillas de protección adecuadas, rechazando las que les fueron proporcionadas por insuficientes”.

### **C) Extensión del deber de diligencia: el deber de saber**

Una empresa es sancionada por el tratamiento de datos de carácter personal sin obtención del consentimiento del interesado. A través de pruebas indiciarias (el mismo error en un apellido y ciertos datos –la sección censal– que se incluían en el fichero) queda acreditado que la fuente era el padrón municipal o el censo electoral. La empresa sancionada alegaba que ella adquirió tales datos de otra empresa, que no podía saber su origen y, por tanto, la necesidad de consentimiento del afectado para su tratamiento y que, por consiguiente, faltaba el elemento culpabilístico. No obstante, sobre esta cuestión, la STS de 15 de diciembre de 2004, Sección Sexta, Ar. 8210, entiende que “no puede justificarse el uso por parte del mismo de unos datos de origen claramente censal, extremo que no podía ser ignorado por el mismo”.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### D) Su exclusión por fuerza mayor

Recuerda la STSJ de Madrid de 30 de junio de 2004, Ar. 960, que “es fuerza mayor todo acaecimiento imprevisible o que, previsto, fuera inevitable”. En consecuencia, a pesar de que se trataba de un suceso natural, “el hecho de que se produjeran lluvias de una intensidad superior a lo habitual [lo que provocó que las balsas de contención de una explotación de áridos se saturasen, provocando arrastres de arcilla con grave incidencia en el dominio público hidráulico], no es bastante para calificar el suceso de imprevisible y, en todo caso, previsto, desde luego hubiera sido evitable, por lo que hay que excluir la fuerza mayor alegada con efectos exculpatorios por el demandante”.

### E) Las infracciones por omisión también exigen la concurrencia de un elemento intencional o negligente para ser sancionables

Lo recuerda la SAN de 26 de julio de 2004, Ar. 978.

## 7. SUJETOS RESPONSABLES: LOS ADMINISTRADORES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Se había sancionado al Director General de una Entidad de Crédito como responsable de una infracción cometida por ésta consistente en el mantenimiento de unos recursos propios inferiores a los exigidos para obtener la autorización. La STS de 21 de septiembre de 2004, Sección Tercera, Ar. 5964, insiste en que no se trata de una responsabilidad objetiva, por el mero hecho de la ostentación de un cargo o de la pertenencia al Consejo de Administración, “sino de que la infracción cometida por la entidad obedezca a una conducta culpable, que sea imputable a la acción u omisión deliberada o indiligente del titular del cargo”. Y, en esta línea, añade que “el ejercicio de las funciones de Director General le permitió conocer fidedignamente la situación contable y el estado de provisión de los recursos propios que mantenía la entidad en todo momento, sin que adoptara las decisiones que evitaran la minoración de los recursos propios ni, con posterioridad, ejerciera la actuación a su alcance para evitar lo sucedido, de donde se deriva que ha quedado acreditado que ha ejercido las funciones inherentes al desempeño del cargo de Director General negligentemente (...)”.

## 8. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*

### A) Concurso de infracciones administrativas

– Concurso real

La SAN de 7 de julio de 2004, Sección Sexta, Ar. 1110, considera ajustado a derecho que el ICAC impusiera a Deloitte & Touche, SA dos sanciones administrativas, una por cada uno de los ejercicios económicos (1999 y 2000) en que esta empresa había realizado la

auditoría de las cuentas anuales de Gescartera Dinero, SA: “nos hallamos en presencia de dos trabajos de auditoría distintos, de cada uno de los cuales resultaban (...) infracciones distintas, susceptibles de sanciones distintas”.

#### – Concurso real medial

Se sanciona a una empresa con dos multas: una de treinta millones de pesetas por realizar con uno de sus buques vertidos de fuel-oil en las aguas del puerto de Bilbao; otra de un millón por incumplir el plan de emergencia a bordo en caso de contaminación por hidrocarburos y por la presencia de fuel en el tanque de lastre. Según la **STSJ de Madrid de 13 de mayo de 2004**, Ar. 992, “la conexión entre los hechos perseguidos en ambos (expedientes) es absoluta y que, en todo caso, el incumplimiento del plan de contingencias y la presencia de fuel en el tanque de lastre constituyen los presupuestos fácticos y culpabilísticos de la imposición de ambas sanciones”. Existe, por tanto, un concurso medial de infracciones que implica “una necesaria derivación de unas infracciones respecto de las demás (...), por lo que es indispensable que las unas no puedan cometerse sin ejecutar las otras”. “Es cierto, como alega el Abogado del Estado, que en un expediente se sanciona el vertido y en otro (...) la existencia indebida de fuel en un tanque de lastre. A juicio de la Sala, sin embargo, lo relevante (...) no es tanto que puedan identificarse (...) dos conductas distintas, sino qué grado de relación o conexión existe entre las mismas (...). Desde esta perspectiva, es claro que la Administración debió aplicar el (...) art. 4, apartado 4º, del Real Decreto 1398/1993 (...). Y ello (...) por la evidente relación medial entre una conducta y otras (el vertido se produjo porque había fuel-oil en un tanque de lastre, y la presencia del combustible en dicho tanque tuvo lugar porque se incumplió el plan de contingencias); (...) la Administración debió, por imperativo del precepto mencionado, sancionar sólo la infracción más grave (el vertido) y no imponer sanción alguna por la más leve”.

#### – Infracción continuada

Lo es una parcelación ilegal de terrenos, según la **STSJ de Cataluña de 27 de julio de 2004**, Ar. 1069.

### **B) *Non bis in idem* material**

#### – Sobre la prohibición de doble sanción por la misma infracción

Aunque sin mencionar expresamente esta garantía, la **STS de 18 de octubre de 2004**, Sala de lo Militar, Ar. 735 de 2004, propugna la imposibilidad de sancionar a un Guardia Civil por “observar conductas gravemente contrarias a la dignidad de la Institución que no constituyan delito”, sobre la base de diez hechos que ya habían sido sancionados anteriormente.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

– Sobre la preferencia del proceso penal sobre el procedimiento administrativo sancionador

La STS de 21 de diciembre de 2004, Sección Quinta, Ar. 66 de 2005, reitera la doctrina constitucional según la cual el *non bis in idem* “además de vedar la doble sanción penal y administrativa, supone también la necesidad de que el procedimiento administrativo sancionador se paralice, cuando los hechos sean objeto de un proceso penal, hasta que por la autoridad judicial se resuelva lo procedente de manera firme”. Esta regla, que consagra la preferencia del proceso penal –también denominada, a nuestro juicio con cierta impropiedad, por el TC “vertiente procedimental” del *non bis in idem*–, conlleva que cuando concurren dos normas punitivas, penal y administrativa, “la Administración no puede actuar mientras no lo hayan hecho los órganos judiciales y deba en todo caso respetar, cuando actúe *a posteriori*, el planteamiento fáctico que aquéllos hayan realizado”. En el caso de autos, un extranjero había sido sancionado con la expulsión del territorio nacional por los mismos hechos que estaban siendo enjuiciados en un proceso penal contra él. Según la sentencia de instancia –que confirma el TS–, la sanción administrativa impuesta durante la tramitación del proceso penal –antes de que se hubiese dictado sentencia firme– vulneró el art. 25.1 de la CE al no respetar la primacía del proceso penal y, con ello, la garantía *non bis in idem*. Por lo que la anula, “sin perjuicio de nueva resolución tras la firmeza de la sentencia penal”.

Sin embargo, esa preferencia del proceso penal no impide la tramitación simultánea de un procedimiento disciplinario y de diligencias penales informativas. A estos efectos, precisa la STS de 23 de diciembre de 2004, Sección Séptima, Ar. 86 de 2005, que “lo decisivo es que la resolución administrativa sancionatoria haya respetado la preferencia que corresponde a la actuación penal (que aquí no fue quebrantada)”.

### C) Admisión de doble procedimiento punitivo sucesivo por la misma infracción en el Derecho Administrativo Sancionador

La STSJ de Cataluña de 27 de julio de 2004, Ar. 1069, establece la posibilidad de que la Administración autonómica inicie un procedimiento para sancionar la misma infracción que había sido previamente perseguida por la Administración local en otro procedimiento sancionador que caducó. No ve en ello el Tribunal irregularidad alguna, pues la normativa dispone la potestad de la Administración autonómica para perseguir infracciones en materia urbanística de forma subsidiaria ante la inactividad de la Administración local. De prosperar la alegación del recurrente se produciría “una exclusión sobrevenida de la actuación subsidiaria de la Administración Autonómica en función de una actividad irregular de la corporación municipal”. Esta jurisprudencia es otro ejemplo más –después de la STC 2/2003, de 16 de enero– de que en el ámbito administrativo sancionador no rige la prohibición de doble procedimiento punitivo sucesivo por la misma infracción –a lo que con mayor rigor terminológico se debería circunscribir la expresión *non bis in idem* procedimental–, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito judicial penal en el que la prohibición de doble proceso punitivo sucesivo con el mismo objeto es una garantía que deriva directamente de la CE.

## **9. COMPETENCIA SANCIONADORA: LA DELEGACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE UN RECURSO CONTRA UNA SANCIÓN EN EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO QUE LA HA DICTADO NO ES UNA CAUSA DE INCOMPETENCIA MANIFIESTA NI, POR TANTO, DE NULIDAD ABSOLUTA**

Así lo mantiene la STS de 2 de noviembre de 2004, Sección Séptima, Ar. 6757, al resolver un recurso contra la inadmisión a trámite de la solicitud de una revisión de oficio de una sanción administrativa. En cualquier caso, debe recordarse que el art. 13.2.c) Ley 30/1992 prohíbe la delegación de “la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso”. Sin embargo, el incumplimiento de esta previsión tiene un difícil encaje en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho del art. 62 Ley 30/1992.

## **10. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR**

### **A) Los derechos de defensa del imputado deben garantizarse en vía administrativa, no después**

Un guardia civil había sido sancionado con arresto de tres días por falta leve. En el procedimiento disciplinario no se respetaron sus derechos de defensa, por lo que el Tribunal *a quo*, pese a que en el proceso contencioso-administrativo sí tuvo posibilidad de defenderse, anula la sanción. Interpuesto recurso de casación por la Administración, lo desestima la STS de 25 de octubre de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 151 de 2005, razonando que “los derechos fundamentales –en este caso, el de defensa– debe(n) protegerse desde el principio, es decir, desde la vía administrativa, no importa que, como en el caso de autos, se practicaran posteriormente una serie de pruebas en sede jurisdiccional. Lo que se trataría de determinar es si se han respetado o no las garantías constitucionales dentro del expediente disciplinario, no después, pues las garantías constitucionales del art. 24 CE han de respetarse en la tramitación del expediente”. Se separa, por tanto, esta sentencia de esa otra línea jurisprudencial que admite la subsanación en sede judicial de indefensiones ocasionadas en el procedimiento administrativo.

### **B) Legitimación del denunciante para recurrir el archivo de su denuncia contra un juez por su posible responsabilidad disciplinaria**

Aunque la STS de 17 de enero de 2005, Sección Séptima, Ar. 206 de 2005, concluye que “en cuanto al fondo, no hay duda de que el recurso debe ser desestimado”, reconoce expresamente legitimación activa al denunciante para recurrir el archivo de su denuncia contra un juez. Así afirma que “el recurrente no pide que se imponga una determinada sanción a la magistrada denunciada, solamente que se incoe expediente disciplinario contra ella o, subsidiariamente, que se abran diligencias informativas al respecto. Por tanto, (...) ha de estarse a la doctrina de la Sala para la que, del derecho que la Ley reconoce a los particulares de denunciar por la comisión de faltas disciplinarias a los Jueces y

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

Magistrados, emana el de solicitar que a esas denuncias se les dé el tratamiento legalmente establecido. Existe, pues, el sustento sobre el que se construye la legitimación activa”.

En la misma línea, la STS de 13 de diciembre de 2004, Sección Séptima, Ar. 376 de 2005, también admite la legitimación activa de un recluso para recurrir el archivo de su denuncia contra un juez de vigilancia penitenciaria, sobre la base de que en el recurso además de solicitar expresamente que se corrija disciplinariamente al titular del Juzgado, añade reproches de falta de motivación al acuerdo de archivo del CGPJ y reclama la obtención de progresión de grado y libertad condicional –petición esta que la Sala, una vez admitida la legitimación, rechaza inmediatamente por no ser ésta la vía procesal pertinente para dicha petición–.

### **C) Información reservada: la declaración prestada en este trámite por quien luego resulta imputado en virtud de la misma sin informarle de sus derechos puede originar indefensión. Además, tanto si es prestada por el imputado como por un tercero carece de valor probatorio si no es ratificada en el procedimiento**

Advierte la STS de 25 de octubre de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 6648, que “la información reservada es un procedimiento de carácter administrativo que no tiene naturaleza sancionadora, ni se dirige contra una persona determinada (...). No obstante, es claro que si la información reservada se constituye en fundamento de una imputación, por las manifestaciones en ella vertidas por quien luego resulta imputado, o por otra persona, ciertamente se suscitarán insalvablemente cuestiones relativas a la indefensión en que puede verse sumida la parte a la que no se le advirtió de sus derechos al recibírsele esa declaración y a las garantías del procedimiento”. Y añade: “lo manifestado en una información de esa clase carece de valor verificador de los hechos si no es ratificado ante el Instructor del Expediente disciplinario”.

### **D) La suspensión provisional de funcionario sometido a procedimiento disciplinario o penal no vulnera la presunción de inocencia siempre que respete los límites legales**

Lo recuerda la STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2004, Ar. 1150:

“la suspensión provisional no es ni constituye en modo alguno una sanción, ni en nada prejuzga la inocencia o culpabilidad del funcionario sujeto a la medida, toda vez que se adopta en función de un juicio indiciario, no siendo exigible la misma certeza de los hechos o de su participación en los mismos cuando se trata de la adopción de la medida cautelar en cuestión que cuando se trata de la imposición de la sanción correspondiente, al ser diferentes los efectos de ambas figuras. Dada la actuación administrativa realizada, en modo alguno cabe entender vulnerada en este caso la presunción de inocencia del recurrente, que en nada queda afectada por la medida adoptada, dentro de los límites legales vigentes al respecto”.

Entre tales límites cabe citar: el carácter temporal de la suspensión –con una duración máxima de seis meses–; su adopción por resolución motivada, y la necesidad de que sea proporcional a “la relevancia y gravedad de los hechos imputados y su relación con el cometido profesional del actor”.

**E) El nombramiento de secretario es una medida de carácter potestativo**

Lo afirma la STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de marzo de 2004, Ar. 1118.

**11. PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA****A) Consecuencias que origina la presunción de inocencia en materia de prueba**

Las SSTJ de 15 de noviembre y de 12 de diciembre de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 745 y 756 de 2005, se refieren a cuatro de los efectos que conlleva este derecho fundamental sobre la actividad probatoria del procedimiento administrativo sancionador:

1.– Necesidad de prueba previa y suficiente, aunque sea mínima, para sancionar: “una condena no puede basarse en meras conjeturas o suposiciones sin ese mínimo sustrato probatorio sobre el que apoyarse”.

2.– Necesidad de prueba de cargo: que a través de la prueba “puedan configurarse con el suficiente rigor y con la identidad y significación procedentes, tanto los elementos objetivos de la infracción como los demás componentes de la misma”; que la prueba practicada “pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad”;

3.– Necesidad de prueba lícitamente obtenida y formalmente practicada: “existencia de una prueba (...) que sea (...) válidamente obtenida”; “dicho principio (la presunción de inocencia) implica la existencia de una (...) actividad probatoria (...) producida con las garantías procesales suficientes”;

4.– Necesidad de que la valoración de la prueba sea racional y razonada: “hemos de estudiar si en la valoración de la prueba (...) (se) ha procedido de forma acorde con la lógica y la regla de la experiencia”.

La STSJ de Galicia de 21 de abril de 2004, Ar. 782, se refiere a la quinta consecuencia que origina la presunción de inocencia sobre la prueba en el expediente sancionador:

5.– La carga de la prueba pesa sobre la Administración: “supone que la carga de la prueba recae sobre la Administración, siendo, por tanto, una carga del instructor la práctica de cuantas pruebas y actuaciones conduzcan al esclarecimiento de los hechos y a determinar las responsabilidades susceptibles de sanción”.

**B) La denegación motivada de las pruebas propuestas por innecesarias no vulnera el derecho a la prueba**

Lo afirma la STSJ de Madrid de 30 de junio de 2004, Ar. 960, añadiendo que “los interesados carecen del derecho de imponer al órgano instructor la práctica de las pruebas que éste no considere relevantes o pertinentes”.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### **C) La omisión probatoria sólo genera indefensión cuando afecte a una prueba trascendente**

Así lo reitera la STS de 27 de octubre de 2004, Sección Tercera, Ar. 7775, que añade que las pruebas cuya falta se denunciaba en el caso de autos eran intrascendentes pues “no iban dirigidas a desvirtuar los hechos base de las infracciones sancionadas, ni tampoco a demostrar circunstancias de las que pudiera resultar la ausencia o disminución de imputabilidad en los agentes de las conductas castigadas”.

### **D) Valor probatorio de atestados policiales y actas de inspección: su ratificación**

Afirma la STSJ de Galicia de 21 de abril de 2004, Ar. 782, sobre el valor probatorio del atestado de un agente de la autoridad que “si bien no puede mantenerse la trascendencia probatoria por la cual las declaraciones de aquél hacen fe, salvo prueba en contrario en lo que respecta a la responsabilidad administrativa, no puede negarse que, (...), es documentación de lo que afirma haber observado un funcionario, y como tal, sin la referida presunción de certeza o de veracidad, es, sin duda, un elemento probatorio que pudo ser valorado en sede administrativa y, también, como elemento integrante del expediente, por los órganos jurisdiccionales. (...) es cierto que la constatación documentada de hechos por parte de funcionarios, en actas o diligencias, incorporadas a los expedientes administrativos es susceptible de valorarse como prueba, en concreto, como prueba documental, (...), sin menoscabo del artículo 24.2 CE (...); pero también lo es que no constituye una presunción *iuris et de iure*, ni siquiera, en todo caso, una prueba privilegiada, sino que, como otro medio de prueba, su resultado puede ser desvirtuado por el que pueda arrojar otro medio también válido en Derecho”. Y concluye la sentencia que en el caso de autos, “es prueba bastante para desvirtuar la presunción de inocencia la denuncia de los agentes (...) de Policía (sobre vertidos de residuos tóxicos) (...), debidamente ratificada, máxime al estar acompañada de un ilustrativo reportaje fotográfico”. En sentido similar, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de marzo de 2004, Ar. 1118, establece que es prueba suficiente para destruir la presunción de inocencia la denuncia de un agente forestal convenientemente ratificada.

Insiste, sin embargo, en la presunción legal de veracidad que tienen los hechos descritos en las actas de inspección laborales la STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2004, Ar. 1116.

### **E) Un parte de un militar puede constituir prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, o no serlo, según las circunstancias concurrentes**

Explica la STS de 15 de noviembre de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 745 de 2005, que “el parte militar emitido al Mando sancionador por quien sea testigo de conocimiento de un hecho puede alcanzar valor probatorio pleno de cara a enervar la presunción de inocencia”. Pero en el caso enjuiciado, “no constituye más que un principio de prueba de unos hechos que, caso de ser discutidos o negada su existencia, precisarán de una corroboración o comprobación de su contenido para destruir la presunción de inocencia (...); no es sino un medio de prueba más (...) que debe ser contrastado con otros que vengan a reforzar su contenido”. “En atención a las circunstancias concurrentes (...), esta

Sala considera que el parte emitido (...) no pasa de ser una denuncia (...) sometida para su eficacia a una ulterior comprobación y valoración de los hechos”.

### **F) Carga de la prueba: las eximentes tiene que probarlas quien las alega**

Así se deduce de la STS de 26 de noviembre de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 750 de 2005.

### **G) El garante por Ley de que no se cometa una infracción se presume culpable de la misma si ésta llega a realizarse. Sobre él pesa la carga de probar las circunstancias que justifiquen su actuación y eliminen su responsabilidad**

Se impone al director de una sociedad una multa por infracción en materia de mercado de valores. Alega que la Administración lo ha sancionado en virtud de responsabilidad objetiva. No está de acuerdo la SAN de 26 de julio de 2004, Sección Sexta, Ar. 978, puesto que “cuando una sociedad incurre en la conducta prohibida, el (director-apoderado) (...), para eludir su responsabilidad, habrá de, al menos, alegar, aportando hechos concretos, que efectivamente actuó tratando de (...) resolver la actuación prohibida, o bien que no lo hizo por concurrencia de fuerza mayor o caso fortuito. Y ello no supone, como parece entender la parte actora, que nos encontremos ante una inversión de la carga de la prueba en orden a la desvirtuación de la presunción de inocencia; bien al contrario, lo que ocurre es que cuando el ordenamiento jurídico coloca a un sujeto en posición de garante, y le encomienda la realización de la actividad necesaria (...) para la evitación de un concreto resultado —en este caso la comisión de una infracción administrativa—, cuando éste se produce, es obvio que cabe deducir (...) que la actividad impuesta por el ordenamiento jurídico no se ha producido (...); que quien estaba obligado a utilizar esos medios (para alcanzar ese fin) no los utilizó de forma voluntaria. Cuestión distinta es la concurrencia de especiales circunstancias, que hicieran imposible la actuación de quien es garante; pero tales circunstancias han de ser alegadas de forma racional y fundada, por quien omitió la conducta expresamente impuesta por la norma jurídica; y ello, porque tales circunstancias suponen una justificación de la omisión del comportamiento debido, cuya prueba corresponde a quien la alegue”.

### **H) La responsabilidad subsidiaria de los administradores de las personas jurídicas por las infracciones cometidas por éstas: diversas posiciones jurisprudenciales en torno al alcance de la presunción de inocencia**

— El art. 40.1 LGT establece la responsabilidad subsidiaria de los administradores de las personas jurídicas, no sólo de las deudas tributarias sino también de las sanciones por las infracciones en que hayan incurrido. Respecto a estas últimas, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 3 de enero de 2003, Ar. 1461, afirma que sería de aplicación “el derecho a la presunción de inocencia, que en estos casos requeriría la existencia de una mínima actividad probatoria, suficiente para que la Administración pueda establecer como razonablemente acreditado que el administrador debe asumir la sanción impuesta a la persona jurídica”. En este sentido, añade que no cabe deducir que “la mera condición de

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

administrador permita presumir que al mismo le sean imputables las infracciones tributarias producidas o que haya participado en las mismas”. La Administración debe precisar o concretar de qué actos u omisiones del recurrente se deduciría su responsabilidad por actuación ilícita o participación en la misma. En este sentido, “no basta (...) con citar el art. 40.1 LGT (...) o bien, a lo más, con poner de relieve la condición del demandante de administrador de la sociedad y aludir vagamente a una presunta ‘dejaición de funciones’ (sic) del mismo que ni siquiera se explica en qué haya consistido. Tales formulismos, con los que se pretendería cumplir formalmente el requisito de fundar y motivar la declaración de responsabilidad efectuada, pero que serían utilizables para cualquier otro supuesto, relativo a cualquier otra sociedad o administrador, con sólo cambiar sus nombres, no pueden ser suficientes para enervar y dejar sin efecto la presunción de inocencia y buena fe del recurrente que (...), le es constitucional y legalmente garantizada”.

– En otra línea jurisprudencial de sentido opuesto y acaso más correcta, la **SAN de 3 de julio de 2003**, Ar.1377 de 2004, considera que el derecho que tiene el administrador a reembolsarse, con cargo al patrimonio de la persona jurídica, el contenido económico de la sanción que haya hecho efectivo como consecuencia de la derivación, conduce a sostener que su posición jurídica “no es estrictamente la de un sancionado, por lo que la protección de sus derechos no puede enmarcarse dentro del sistema del art. 24.2 de la Constitución”. Como consecuencia de lo anterior, y dado que el art. 127 de la Ley de Sociedades Anónimas impone a los administradores el deber de desempeñar su cargo “con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante legal”, se relajaría la labor probatoria de la Administración. Es decir, únicamente correspondería a la Administración “aportar las pruebas de los presupuestos de hecho en que la Ley funda la derivación de responsabilidad”. A partir de ese momento, y “por la inversión del principio del *onus probandi*”, es al administrador a quien corresponde “acreditar que actuó con la debida diligencia, como le exige el art. 127 LSA” y “acreditar el hecho impeditivo o extintivo de dicha responsabilidad”, esto es, “que actuó con total diligencia y de conformidad a la Ley”.

### 12. RESOLUCIÓN SANCIONADORA

#### A) Es nula si no fija la declaración de hechos probados

Lo asevera la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de marzo de 2004**, Ar. 1118, pues “de la misma forma que en las sentencias penales se exige una declaración de hechos probados, las resoluciones administrativas sancionadoras tienen las mismas exigencias por razón de regirse por los mismos principios”. Así que “la falta de consignación de los hechos probados en una resolución sancionadora es causa de nulidad de las resoluciones dado que son susceptibles de causar indefensión a los interesados proscrita en el art. 24 de la Constitución”. En la misma línea, la **STSJ de Madrid de 28 de junio de 2004**, Ar. 904 y la **STS de 24 de septiembre de 2004**, Sala de lo Militar, Ar. 6523, que vincula esa ausencia de un relato probatorio que pueda encuadrarse en el tipo con una vulneración del principio de tipicidad.

**B) Exigencias de motivación del acto sancionador dictado en virtud de una norma sancionadora en blanco**

Se trataba de un tipo cuyo contenido era el incumplimiento de los deberes reglamentarios de los notarios. La resolución sancionadora se había limitado a identificar el tipo y a señalar “la inadmisibilidad de los problemas personales entre notarios en el cumplimiento de los respectivos deberes reglamentarios”. La STS de 18 de noviembre de 2004, Sección Sexta, Ar. 6906, tras recoger la doctrina general sobre la admisión de las normas sancionadoras en blanco, anula la sanción pues “no puede bastar a los efectos a que nos venimos refiriendo, la genérica afirmación de que se han incumplido determinados deberes, sino que es preciso que se determine con precisión el deber jurídico concreto cuyo incumplimiento justifique la comisión de la falta (...) y esa precisión no se contiene en el acto administrativo impugnado”.

**13. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR****A) No extingue la responsabilidad sancionadora**

Explica la STSJ de Cataluña de 27 de julio de 2004, Ar. 1069, que la caducidad del primer procedimiento “no supone (...) que no pueda volver a iniciarse un nuevo expediente sancionador, siempre y cuando se realice dentro del plazo de prescripción” de la infracción que se pretende castigar.

**B) Días inicial y final en el cómputo del plazo de caducidad**

Para la STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de marzo de 2004, Ar. 1118, del art. 44.2 de la Ley 30/1992 “podemos sacar dos conclusiones:

1. El acuerdo de incoación del procedimiento determina el nacimiento del plazo para decretar la posible caducidad.
2. El plazo final no es de la resolución administrativa sino el de la fecha de notificación de la resolución administrativa”.

Además, la Sala considera que “el cambio de Instructor (...) faculta a la Administración conforme al art. 49 de la Ley 30/1992 (...) a ampliar el plazo” de duración máxima del procedimiento.

**C) Consecuencias que origina la modificación de la calificación jurídica del hecho imputado durante la tramitación del procedimiento en su plazo de caducidad**

La STS de 21 de diciembre de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 766 de 2005, se plantea si el plazo de duración máxima del expediente es el que corresponde al procedimiento que se inicie (en el caso enjuiciado, por falta muy grave) o, por el contrario, al que se tramite y

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

resuelva finalmente (en el caso, por falta grave) en caso de que se modifique la calificación jurídica del hecho imputado y corresponda tramitar un procedimiento más breve. Y, en síntesis, concluye que:

“a) Iniciado el expediente sancionador por falta muy grave su plazo de tramitación es el correspondiente a dicho procedimiento y no al que se siguiera después (en este caso, el de faltas graves).

b) Ahora bien, si excepcionalmente se apreciara en un juicio posterior caso por caso que no debió tramitarse por los cauces de dicho procedimiento de faltas muy graves (...) dada la levedad de la falta imputada, el plazo de conclusión del expediente será el correspondiente al de la falta por la que finalmente se sanciona.”

Con esta doctrina, la Sala intenta compatibilizar, en la medida de lo posible, dos principios esenciales: de una parte, el de seguridad jurídica, que se vería gravemente comprometido si iniciado un expediente por falta muy grave posteriormente se aplicara el plazo de tramitación de los expedientes por faltas graves, en razón a la naturaleza de la falta sancionada; y de otra, el de justicia material, que conmina a tratar de evitar el fraude procesal por parte de la Administración a la hora de determinar el procedimiento que va a seguir.

### 14. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES

#### A) A falta de circunstancias modificativas, corresponde la imposición de la sanción en su grado medio

Así lo estima la SAN de 14 de mayo de 2004, Ar. 1029.

#### B) Circunstancias que aunque no son causas modificativas de la responsabilidad del infractor, sí deben valorarse a la hora de determinar el alcance de la sanción por su incidencia en la culpabilidad e imputabilidad

– La parcial dependencia del alcohol: STS de 26 de noviembre de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 750 de 2005.

– Ciertos trastornos psíquicos: STS de 13 de octubre de 2004, Ar. 7502.

– Un trastorno depresivo: STS de 29 de octubre de 2004, Ar. 6756.

### 15. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

#### A) Prescripción de las infracciones continuadas, permanentes y de estado

Conforme a la normativa urbanística aplicable en Cataluña (Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio), las infracciones urbanísticas prescriben a los cuatro años de haberse

cometido, comenzando a computarse dicho período desde el día en que se hubiese cometido la infracción o, en su caso, desde el momento en que se hubiera podido incoar el procedimiento, momento este último que requerirá la aparición de signos externos que hagan visible la infracción. Como consecuencia, en el caso de infracciones consistentes en segregaciones de parcelas, señala la **STSJ de Cataluña de 27 de julio de 2004, Ar. 1069**, que “conforme a la naturaleza que se da a la parcelación ilegal como de infracción continuada, debe estarse como *dies a quo* para el cómputo de la prescripción alegada, al de la fecha de otorgamiento de la última escritura de transmisión de las parcelas”.

**B) La tramitación de un recurso contencioso-administrativo contra una sanción no interrumpe el plazo de prescripción de la hipotética infracción que el Tribunal considera que la Administración debía haber apreciado**

Así se deduce de la **STS de 18 de octubre de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 735 de 2005**.

## **16. EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA OBLIGA A QUE LAS SANCIONES SÓLO PUEDAN SER EJECUTIVAS CUANDO PONGAN FIN A LA VÍA ADMINISTRATIVA**

Así lo reitera la **STS de 5 de octubre de 2004, Sección Segunda, Ar. 10 de 2005**, con crítica al retraso con que esta consecuencia se ha recogido en la legislación tributaria.

## **17. CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS SANCIONES**

**A) Límites al control judicial establecidos por la Ley Procesal Militar que se consideran inconstitucionales**

La **STS de 22 de noviembre de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 748**, reitera la doctrina del Tribunal Constitucional, dictada en recurso de amparo, conforme a la que el hecho de que la Ley Procesal Militar excluya del control jurisdiccional ordinario las sanciones impuestas en el ámbito militar por faltas leves vulnera el derecho fundamental a la tutela efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y el art. 106.1 CE, que atribuye a los Tribunales el control de la legalidad de la actuación administrativa.

**B) Nulidad de la previsión del Reglamento de Procedimiento Sancionador en materia de tráfico que suprimía la reducción de la multa por pago anticipado si se alegaba o recurría después**

Así lo declara la **STS de 27 de octubre de 2004, Sección Quinta, Ar. 14 de 2005**, aunque por meros motivos de legalidad ordinaria, al considerar que el reglamento se había excedido de lo previsto por la Ley de Tráfico.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### C) Posibilidad de modificar la infracción imputada, aunque manteniendo los hechos

Un magistrado había sido sancionado con siete meses de suspensión por la comisión de una falta muy grave del art. 417.9 LOPJ (“la desatención o el retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas o en el ejercicio de cualquiera de las competencias judiciales”). Queda acreditado que el sancionado tiene un trastorno depresivo de tipo recidivante de varios años de evolución y que, con posterioridad, se ha resuelto por este motivo su jubilación forzosa por incapacidad. Por este motivo, que a juicio de la Sala no excluye la culpabilidad pero sí la atenúa, la STS de 29 de octubre de 2004, Sección Séptima, Ar. 6756, entiende aplicable la falta grave del art. 418.9 (“el retraso injustificado en la iniciación o en la tramitación de los procesos o causas que conozca el Juez o Magistrado en el ejercicio de su función, si no constituye falta muy grave”). En definitiva, el control judicial de la proporcionalidad de la sanción lleva a la aplicación de un tipo distinto, pues son supuestos en los que el propio tipo incluye elementos propios de la graduación de la sanción.

### D) Posibilidad de sustituir o modular la sanción

– Por considerar que no concurren o no se prueba circunstancia agravante alguna: la STSJ de Madrid de 13 de mayo de 2004, Ar. 992.

– Por apreciar ciertas circunstancias, en concreto una anomalía psíquica, que sin llegar a anular la imputabilidad, afectaba a sus capacidades volitivas: la STS de 13 de octubre de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 7502.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR  
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO  
ANTONIO M<sup>º</sup>. BUENO ARMIJO  
MANUEL REBOLLO PUIG



**VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar.** **2. Causa expropriandi.** A) La calificación como anulable del acuerdo por el que se declara la utilidad pública o interés social no supone necesariamente la posibilidad de subsanación o conversión de los actos expropiatorios ulteriores derivados directamente de aquél. **3. Procedimiento expropiatorio.** A) Falta de notificación del acuerdo en el que se fija la valoración de los terrenos a expropiar en un procedimiento de tasación conjunta: doctrina jurisprudencial sobre la subsanación de los defectos de forma que no generan indefensión. B) Expropiación de urgencia: control jurisprudencial del presupuesto fáctico habilitante de la urgencia como técnica de control de la discrecionalidad. **4. Determinación del justiprecio.** A) Presunción de validez y certeza de los acuerdos del Jurado de expropiación: sólo el dictamen pericial emitido en la vía jurisdiccional con las garantías de objetividad que consagra la Ley de Enjuiciamiento Civil es eficaz para desvirtuarla. B) Método valorativo para fijar el justiprecio por la imposición de una servidumbre administrativa permanente de paso para el establecimiento de colectores generales.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Se comentan, en esta crónica, las sentencias más destacadas de las producidas en materia expropiatoria durante el último trimestre de 2004. Ninguna de ellas sienta doctrina novedosa, aunque pudiera destacarse la importancia de la pronunciada en relación al control de las expropiaciones de urgencia, en la que el Tribunal Supremo se adentra a examinar la existencia misma de las circunstancias que justifican la declaración de urgencia empleando un método de control basado en el análisis fáctico del presupuesto de hecho habilitante para el ejercicio de la potestad administrativa de recurrir a esta vía expropiatoria, teóricamente excepcional pero tan extendida en la práctica.

## 2. CAUSA EXPROPRIANDI

### A) La calificación como anulable del acuerdo por el que se declara la utilidad pública o interés social no supone necesariamente la posibilidad de subsanación o conversión de los actos expropiatorios ulteriores derivados directamente de aquél

La STS de 11 de octubre de 2004, Ar. 6818, y las posteriores SSTs de 10 de noviembre de 2004, Ar. 7717 y 7719, resuelven los respectivos recursos de casación formulados por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha relativos a la anulación del acuerdo de incorporación de un sector de suelo urbanizable no programado al proceso urbanizador del Plan General de Ordenación Urbana del Ayuntamiento de Albacete que perseguía destinar los terrenos afectados a la construcción de viviendas de protección oficial (VPO).

La anulación del referido acuerdo trae causa en una STS de 29 de marzo de 1999, Ar. 2645, que declaró la ilegalidad de dicho acuerdo y de las subsiguientes expropiaciones producidas en cumplimiento de la finalidad urbanística perseguida, al apreciar, en aplicación de la legislación aplicable al caso, la imposibilidad normativa de que un Plan General o un Programa de Actuación Urbanística contuviesen determinaciones o calificaciones que supusiesen una afectación de suelo urbanizable privado a la construcción de viviendas de protección oficial, ya que el artículo 76 del Texto Refundido de la Ley del Régimen del Suelo de 1976 ceñía la habilitación legal en relación a las limitaciones y vinculaciones de la propiedad producidas por los planes a los contenidos urbanísticos del derecho de propiedad, sin que pudiera extenderse a otras limitaciones distintas como las del régimen especial de VPO, que en el Ordenamiento entonces aplicable discurría únicamente por el cauce de las actividades de fomento y no por el de la técnica urbanística.

En congruencia con el referido fallo del Tribunal Supremo, las sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, recurridas ahora en casación, apreciaron la nulidad de la *causa expropriandi* y de los actos expropiatorios posteriores sobre los terrenos comprendidos en el sector de suelo no programado afecto a la construcción de VPO, fijando unas indemnizaciones sustitutorias por la imposibilidad de restitución *in natura* de los terrenos ilegalmente ocupados. Frente a ellas, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cuya Consejería de Obras Públicas había convalidado la adscripción de los terrenos a la construcción de VPO de acuerdo con la habilitación legal contenida al efecto por el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, formula una serie de motivos casacionales en los que, sin cuestionar la bondad del razonamiento de la reiterada STS de 29 de marzo de 1999, se discrepa de la interpretación que sobre ella realiza la Sala *a quo*, en la medida que ésta anuda en fundamento de su decisión anulatoria la vinculación al acuerdo municipal de incorporación de los terrenos a los instrumentos de planeamiento urbanístico (Programa de Actuación Urbanística, Plan Parcial de Ordenación y Delimitación de la unidad de ejecución correspondiente al referido sector de suelo urbanizable no programado) para declarar la nulidad de los actos posteriores y, consiguientemente, la nulidad de la *causa expropriandi*.

## VIII. Expropiación Forzosa

Contrariamente, la recurrente entiende que la imposibilidad de calificar suelo con destino a la construcción de viviendas de protección pública era legal en el momento en que se aprobaron los mencionados instrumentos de planeamiento, pues entonces había entrado en vigor el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, cuyo artículo 98.3 permitía a los Planes calificar terrenos con destino a la construcción de viviendas de protección oficial u otro régimen de protección pública (por considerar esta calificación como de uso público), lo que –a juicio de la recurrente– permitiría entender subsanado el vicio de simple anulabilidad del que adolecía el acuerdo municipal de afectación de los terrenos (cuyos efectos se producirán *ex nunc*, es decir, desde que ésta se declaró por la STS de 29 de marzo de 1999) y conservar los ulteriores actos de aprobación definitiva del PAU, del Plan Parcial y de la delimitación de la unidad de ejecución.

A la vista de esta argumentación, el Tribunal Supremo afirma que:

“Ciertamente, el acuerdo municipal de 29 de junio de 1999 no es un acto nulo de pleno derecho, pues no incurrió en ninguna de las infracciones que de forma tasada como *numerus clausus* establece el artículo 47 de la Ley de Procedimiento de 17 de julio de 1958, aplicable al momento de su adopción –hoy, artículo 62–.

Ahora bien, el hecho de que este acuerdo no incurra en nulidad radical no significa que su invalidez no implique la de los sucesivos que son dependientes del mismo y, por lo tanto, éstos tampoco serán susceptibles de conversión –artículos 50 y 51 de la Ley de 1958 y, hoy 64, 65, 66 y 67 de la Ley 30/1992–, pues los actos de aprobación del PAU del Sector R-1, delimitación de la unidad de ejecución y aprobación del Plan Parcial, son actos que emanan o derivan directamente de aquel, que tiene su causa u origen, ‘su razón legitimadora’, como lo justifica y acredita la (...) memoria explicativa del Programa de Actuación Urbanística, aprobado definitivamente mediante Orden de la Consejería de Obras Públicas de 30 de noviembre de 1993, y el acuerdo de aprobación inicial del mismo por el Ayuntamiento de Albacete, adoptado en sesión de 25 de marzo de 2003.”

En consecuencia, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a la casación y subraya la invalidez del acuerdo municipal originario y la de los instrumentos de planeamiento ulteriores que permitieron la ocupación de los terrenos afectados en los términos ya declarados por la STS de 29 de marzo de 1999, confirmando que la invalidez de aquel acuerdo implica la de los sucesivos que traen causa y origen en el mismo.

### 3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

**A) Falta de notificación del acuerdo en el que se fija la valoración de los terrenos a expropiar en un procedimiento de tasación conjunta: doctrina jurisprudencial sobre la subsanación de los defectos de forma que no generan indefensión**

La STS de 10 de noviembre de 2004, Ar. 6879, desestima el recurso de casación deducido contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia por los propietarios

de unos terrenos que fueron expropiados por el sistema de tasación conjunta para la ejecución de ciertos sectores de suelo urbanizable.

En el caso de autos, y a fin de practicar las expropiaciones previstas en el planeamiento urbanístico, el Ayuntamiento actuante se había acogido al sistema de selección del adjudicatario urbanizador previsto en la Ley valenciana 6/1994, reguladora de la actividad urbanística. A resultados de lo cual, el adjudicatario, en su condición de beneficiario de la expropiación forzosa, formuló la relación concreta e individualizada de bienes y derechos a expropiar, exponiéndose al público por el período de un mes para alegaciones. A la vista de las alegaciones, el Ayuntamiento aprobó definitivamente la relación concreta e individualizada de tales bienes y derechos, al tiempo que acordó publicar edictos y notificar individualmente dicha relación, con indicación de recursos procedentes contra ella. Asimismo, dicho acuerdo aprobaba el valor de los terrenos expropiados por m<sup>2</sup> más el 5% del premio de afección.

Según quedó probado en el proceso de instancia, en dicho Acuerdo municipal consta la alegación de uno de los propietarios que manifiesta el cambio de titularidad de ciertas parcelas comprendidas en el expediente expropiatorio, por lo que se acordó rectificar el expediente de conformidad con los nuevos datos registrales y practicar las sucesivas actuaciones a la nueva propiedad. Así se refleja en el propio expediente, donde aparecen identificadas las mencionadas parcelas a nombre de los nuevos titulares, ahora recurrentes. Posteriormente, la Alcaldía convoca a los interesados al objeto de recibir el pago del importe de la valoración y levantar las correspondientes actas de ocupación y pago, tras lo que los actuales recurrentes solicitan que les sean también expropiados los restos de las fincas expropiadas, así como el abono de intereses desde la fecha de fijación del justiprecio, aceptando la cantidad concurrente y reservándose el ejercicio de las acciones legales procedentes. Asimismo, los actores interponen recurso frente a dichas actas de ocupación y pago, en el que en esencia alegan la falta de notificación municipal de la valoración y hoja de aprecio expropiatoria; ya que, pese a conocer la identidad de los propietarios, a éstos les fue directamente notificada la relación concreta e individualizada de bienes y derechos afectados, con lo que se les privó de la posibilidad de formular oposición a la valoración efectuada por la Administración, incurriendo así el procedimiento en nulidad generadora de indefensión.

En relación a estos hechos denunciados, el recurrente articula uno de los motivos del recurso de casación que deduce ante el Tribunal Supremo, alegando la supuesta infracción del artículo 202 del Reglamento de Gestión Urbanística, relativo a los trámites que han de seguirse en el procedimiento de tasación conjunta, y del artículo 3 de la LEF, por cuanto no se les dio traslado ni se les notificó individualmente las hojas de aprecio y los criterios de valoración para que pudieran formular alegaciones en el plazo de un mes, lo que supuso —a su juicio— una omisión de un trámite esencial del procedimiento legalmente establecido, determinante de un vicio de nulidad del acuerdo que, además, les generó una indefensión. Con ello, los recurrentes impugnan la argumentación de la Sentencia de instancia en cuanto admite que la falta de notificación individual a ellos por el Ayunta-

## VIII. Expropiación Forzosa

miento no implica vulneración alguna del ordenamiento, ya que remite su conocimiento a la resolución definitiva, la cual según los mismos, no se habría producido.

El Tribunal Supremo desestima este motivo casacional recordando su inveterada posición jurisprudencial en la materia, según la cual, los defectos de procedimiento sólo pueden dar lugar a nulidad de actuaciones cuando de ellos se deriva indefensión, siendo así que tales defectos deben entenderse subsanados cuando los afectados tuvieron oportunidad de interponer los recursos conducentes a la defensa de sus derechos.

En el caso de autos, los recurrentes consideran infringido el artículo 202.7 del Reglamento de Gestión Urbanística, que establece que la resolución aprobatoria del expediente se notificará a los interesados titulares de bienes y derechos dándoles un plazo de veinte días durante el cual podrán manifestar por escrito ante la Comisión Provincial de Urbanismo su disconformidad con la valoración establecida en el expediente aprobado, lo que no hicieron los recurrentes, que —como se ha dicho— habían recibido notificación de la resolución aprobatoria del expediente. Para el Tribunal Supremo, esa ausencia total de alegaciones y disconformidad con la valoración, no sólo comporta la aplicación del número 9 de dicho artículo 202 del Reglamento de Gestión Urbanística, sino que obliga a concluir con la necesidad de asumir la argumentación de la Sentencia de instancia descartando que se hubiera generado cualquier tipo de indefensión para los recurrentes del hecho de no haberseles dado traslado del Acuerdo del Ayuntamiento en el que se fijaba la valoración concreta de los terrenos.

### **B) Expropiación de urgencia: control jurisprudencial del presupuesto fáctico habilitante de la urgencia como técnica de control de la discrecionalidad**

Como hemos explicado en números anteriores de esta Revista, el presupuesto habilitante que permite acudir al procedimiento excepcional de urgencia en materia expropiatoria viene siendo objeto de una interpretación jurisprudencial restrictiva que persigue racionalizar la abusiva utilización de este procedimiento por la Administración, acercándolo a sus presupuestos legales de legitimidad. Así, el Tribunal Supremo ha reiterado en innumerables ocasiones que para declarar la urgente ocupación de los bienes afectados por la expropiación, conforme a lo establecido concordadamente por los artículos 52 de la LEF y 56 de su Reglamento, es necesario, en primer lugar, que concurran 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.

En este contexto hermenéutico hemos podido comprobar la abundancia de supuestos y la gran efectividad del control judicial sobre la motivación del acto administrativo declarativo de la urgencia, prueba inequívoca de que la motivación se ha erigido en un elemento esencial del control de la discrecionalidad administrativa en general. Son menos las ocasiones, sin embargo, en las que el Tribunal Supremo se adentra a examinar la existencia misma de las circunstancias que justifican la urgencia, consciente de que esta fórmula de control, basada en el análisis fáctico del presupuesto de hecho habilitante para el ejer-

cicio de la potestad, es más dificultosa, porque —*prima facie*— parece reclamar un aparato probatorio capaz de desmontar indubitadamente la existencia de la urgencia o bien una evidente irracionalidad en la apreciación que de la misma haga la Administración; terreno, en suma, más lável e indiciario que el de la motivación y —sin duda— más apto para la pervivencia de un “núcleo duro” o resistente de discrecionalidad.

La STS de 13 de octubre de 2004, Ar. 6830, ofrece un buen ejemplo de esta fórmula de control sobre el presupuesto fáctico habitante de la urgencia. En el caso de autos se examina un acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias por el que se declaraba la urgente ocupación de unos terrenos para la ejecución del Plan de Labores de una explotación minera a cielo abierto, a cargo de HUNOSA, y para la ejecución del citado Plan. El mencionado acuerdo fundaba la urgencia del modo que transcribimos textualmente: “la urgencia está justificada por la sociedad beneficiaria al estar en la actualidad paralizada la explotación del Bloque Este del Área 6, por lo cual y a pesar de los múltiples intentos de acuerdo con los propietarios la no urgente ocupación de las referidas fincas conllevaría al cierre parcial de la explotación (en dichas zonas las labores de extracción son desarrolladas por tres equipos de maquinaria) con los perjuicios que ello ocasionaría ya no sólo desde la perspectiva de la proyección futura de la explotación y el buen arte de la minería, sino fundamentalmente desde su aspecto socio-laboral, por cuanto la no declaración de la urgencia supondría la necesaria regulación de empleo de los trabajadores que realizan las labores de explotación en dichas áreas o equipos del cielo abierto (al menos treinta trabajadores), y cómo no, la pérdida económica que supondría a la empresa HUNOSA, lo que implicaría graves dificultades en orden al cumplimiento de los Planes estratégicos de dicha empresa”. Añadiendo que: “por otra parte y como se ha expuesto y desde la perspectiva medioambiental, es urgente la ocupación de ambas fincas al ser necesario el inicio inmediato de los trabajos en el orden adecuado, para llevar a buen término la restauración de los terrenos, por cuanto la ejecución de los trabajos medioambientales deben de ser proyectados con antelación a la propia explotación y correctamente ejecutados a lo largo de la vida de la misma”.

La Sala de instancia, tomando en cuenta la normativa de minas, consideró que HUNOSA tenía título suficiente para poner en marcha el procedimiento de expropiación forzosa del que era beneficiaria, y no consideró que las razones de la recurrente para oponerse a la declaración de urgente ocupación fueran suficientes para enervar la eficacia del Acuerdo del Consejo de Gobierno que así la declaró. En efecto, el Tribunal *a quo* justificó la urgencia del modo en que lo hizo el Acuerdo: en las razones sociolaborales y en los perjuicios económicos que de otro modo se le ocasionarían a la empresa; y, además, admitió que la adopción de las medidas destinadas a la conservación del medio ambiente aconsejaban también el aceptar el procedimiento de urgencia. Y finalmente la Sentencia de instancia asumió que bastaba con que la licencia de explotación del uso del suelo (que no existía en el momento de la iniciación de las labores) se hubiese otorgado con posterioridad para sanar cualquier vicio anterior que hubiera impedido la explotación, y, que, al no haber existido previamente, no hubiera justificado la urgencia de la ocupación de los bienes.

## VIII. Expropiación Forzosa

Por su parte, el Tribunal Supremo comienza por compartir el criterio del Acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias en cuanto a las razones socio laborales y económicas en él aducidas, y aceptando igualmente aceptar las razones expuestas de la necesaria y paralela, e, incluso, previa, realización de las labores medioambientales anejas a la explotación. No obstante, diverge el Tribunal Supremo del último de los puntos que aceptó la Sentencia de instancia, afirmando que la conducta de la Administración del Principado incurre en contradicción al declarar la urgente ocupación de los bienes para llevar a cabo la explotación minera a cielo abierto de que se trataba, y pretender imponer su cierre al ser la misma ilegal por carecer de licencia. La Sala de instancia no tuvo en cuenta esa circunstancia previa, que estaba en abierta contradicción con la celeridad de que se pretendía dotar al procedimiento expropiatorio. Así mientras que la Consejería de Economía del Gobierno asturiano proponía a éste la declaración de urgente ocupación de las fincas afectadas, la de Fomento del propio Gobierno meses después requería al Ayuntamiento de Mieres, en cuyo término municipal se encontraba la explotación, para que paralizase la misma al ser ilegal por carecer de la preceptiva licencia. Y fue mucho después cuando la Comisión de Gobierno del mencionado Ayuntamiento concedió la licencia para las obras de movimiento de tierras correspondiente a la explotación minera en cuestión.

Tras lo expuesto, el Tribunal Supremo declara haber lugar a la casación pretendida, por resultar obvio que cuando se adoptó el Acuerdo recurrido no concurrían las circunstancias precisas para la declaración de la urgente ocupación de unos bienes para el desarrollo de una actividad que resultaba ilegal por carecer de la necesaria licencia.

### 4. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

**A) Presunción de validez y certeza de los acuerdos del Jurado de expropiación: sólo el dictamen pericial emitido en la vía jurisdiccional con las garantías de objetividad que consagra la Ley de Enjuiciamiento Civil es eficaz para desvirtuarla**

Como hemos destacado en otros números de esta Revista (véase, por ejemplo, el núm. 1, pág. 142), la jurisprudencia viene afirmando reiteradamente que los acuerdos del Jurado de expropiación gozan de una presunción de validez *iuris tantum* que está basada en la competencia, especialidad y presumible objetividad de sus miembros. Los supuestos a los que se extiende la facultad revisora de la jurisdicción a estos efectos han sido sintetizados por la jurisprudencia: por una parte, se admite, con carácter general, la revisión de las valoraciones del Jurado en los supuestos en que aquél incurra en error material o de aplicación de preceptos legales; asimismo, la reforma de los acuerdos del Jurado se extiende a los casos en los que se acredite una desajustada apreciación de los datos materiales o cuando la valoración no esté en consonancia con el resultado fáctico del expediente, o, finalmente, determine un desequilibrado justiprecio respecto de datos y circunstancias que acrediten la falta o exceso de compensación material para el expropiado. Para ello, el Tribunal tiene declarado que el dictamen pericial emitido en la vía jurisdiccional con las garantías de objetividad que consagra la Ley de Enjuiciamiento Civil es el medio eficaz para desvirtuar la presunción de validez de dichos Acuerdos, pues este método ofrece –al menos– las mismas garantías de

objetividad e imparcialidad que el Jurado de expropiación; mientras que el informe pericial de parte, aportado en sede judicial por el expropiado, carece, con carácter general, de esta virtualidad.

En este último sentido merece destacarse la doctrina sentada por la STS de 3 de septiembre de 2004, Ar. 7393, que resuelve el recurso de casación para la unificación de la doctrina formulado por un Ayuntamiento expropiante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia por la que se estimaba la pretensión anulatoria de un expropiado en relación a la valoración efectuada por el Jurado Provincial de expropiación.

Frente a lo sostenido por la sentencia de instancia, la Administración municipal que persigue la unificación de la doctrina fundamenta su recurso de casación en que la sentencia impugnada es contraria a la doctrina jurisprudencial sobre la presunción *iuris tantum* de legalidad y acierto de que gozan las resoluciones del Jurado Provincial de Expropiación, que sólo puede ser destruida a través de la pertinente prueba pericial practicada en autos. En apoyo de esta pretensión casacional aporta como elemento de contradicción ocho sentencias, dos del Tribunal Supremo, y seis del Tribunal Superior de Justicia de Valencia. A la vista de las sentencias de contraste, el Tribunal Supremo confirma que la resolución impugnada se aparta de la doctrina general sustentada por el propio Tribunal Supremo y de la seguida por el propio Tribunal Superior de Justicia de Valencia, pues en esta materia es imprescindible analizar los informes periciales y las pruebas practicadas tanto en vía administrativa como en sede jurisdiccional, de manera que sólo cuando el Jurado Provincial de Expropiación sienta como base unos criterios erróneos de interpretación o sus conclusiones no resulten armonizables con los juicios técnicos obrantes en el expediente, la decisión debe ser anulada;

“y aquí, en el caso que enjuiciamos, la sentencia impugnada para revocar la resolución del órgano administrativo tasador exclusivamente se apoyó en las alegaciones del propietario expropiado, basadas en el informe de un técnico que acompañó a su hoja de aprecio, sin que tal informe de parte fuera ratificado en presencia judicial, ni avalado por cualquier medio probatorio que destruyera la presunción *iuris tantum* de legalidad y acierto de que gozan las resoluciones del Jurado”.

### **B) Método valorativo para fijar el justiprecio por la imposición de una servidumbre administrativa permanente de paso para el establecimiento de colectores generales**

El asunto de fondo que resuelve la STS de 3 de septiembre de 2004, que acabamos de comentar en el apartado anterior, se refiere a la valoración expropiatoria de una servidumbre de paso consistente en la construcción de los colectores generales que prestan servicio a la localidad de Torrent.

## VIII. Expropiación Forzosa

En su escrito de interposición del recurso, la Administración recurrente solicitaba que, de estimarse el mismo por infracción de la doctrina sobre valoración de los informes periciales –infracción que, como hemos visto, apreció el Tribunal Supremo– se dictase sentencia que declarase ajustada a Derecho la valoración originaria del Jurado de Expropiación Forzosa actuante. La casación de la sentencia da lugar a este pronunciamiento sobre el justiprecio, para el que el Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre valoración de servidumbres llegando, a la postre, a una compensación expropiatoria distinta a la que llegó el Jurado.

En este sentido, el Jurado había estimado que al no estar afectado el pleno dominio de la propiedad, la indemnización por servidumbre no podía ser el valor real del suelo, sino proporcional a la afección que se ocasiona al propietario, que el Jurado cuantificó en un porcentaje del 25% del valor del suelo. El Tribunal Supremo reconoce, por su parte, que el método valorativo de las servidumbres que pondera una cantidad en proporción al grado parcial de merma o afección de las facultades del propietario es, efectivamente, el que se ha asentado en la doctrina jurisprudencial. De este modo, el propio Tribunal tiene sobradamente declarado que en atención al amplísimo concepto que de la expropiación forzosa ofrece el artículo 1 de la LEF las afecciones concretas y singulares que derivan de una actuación expropiatoria dirigida a la imposición de una servidumbre administrativa no son una simple delimitación del derecho de propiedad y han de indemnizarse en la medida en que suponen una ocupación permanente del terreno que equivale a una desposesión de las facultades de uso y disfrute del propietario. No obstante, tal privación es parcial, porque en el caso de las servidumbres nunca comprende el pleno dominio, lo que obliga a ajustar ponderadamente el justiprecio a esta circunstancia; ya que, como dijo –a título de ejemplo– la STS de 20 de junio de 1994, Ar. 4875:

“aun cuando toda implantación de servidumbre en una finca incide en su valor potencial en cuanto sobre el señorío del propietario se superpone la voluntad ajena que limita sus facultades de dominio, las características de estas servidumbres hacen que deba atenderse a cuál sea el uso o aprovechamiento del terreno en cuestión a los efectos de determinar el grado de incidencia del demérito en cuanto a la parte de la finca no afectada por la servidumbre”.

En el presente caso, hemos señalado que el Jurado estimó dicha indemnización en un 25%, mientras que el propietario expropiado, tanto en su hoja de aprecio como en su escrito de demanda había solicitado un porcentaje del 60% del valor suelo. Este porcentaje, el del 60%, había sido por lo demás aceptado por la Administración expropiante en el informe pericial justificativo del cuadro de precios de los terrenos a expropiar para la realización del proyecto de instalación del colector; por lo que el Tribunal Supremo acaba haciéndolo suyo en virtud del principio *venire contra factum proprium non valet*.

Por el contrario, ante la falta de articulación de un medio probatorio tendente a acreditar el grado de incidencia del demérito a la parte de la finca afectada por la prohibición de plantar árboles en dicha franja y realizar trabajos de arada superiores a los cincuenta centímetros de profundidad, así como de levantar edificaciones o construcciones, aunque fuesen de carácter provisional, temporal o desmontable, a una distancia inferior a

dos metros y medio del trazado, el Tribunal Supremo rechaza esta pretensión indemnizatoria de parte sobre estas circunstancias en virtud de la presunción *iuris tantum* de validez y eficacia de la que gozan los acuerdos del Jurado en los términos que veíamos anteriormente.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT REINA

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

**IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Delimitación del campo de la responsabilidad administrativa. Limitación constitucional del derecho de propiedad y responsabilidad extracontractual. 3. Imputabilidad. Confiscaciones realizadas por un Estado extranjero de bienes propiedad de ciudadanos españoles. 4. Objetividad del sistema y nexo de causalidad.** A) Aplicación de las reglas generales a los supuestos de daños sufridos por agentes públicos. B) Laxitud en la apreciación del nexo causal. **5. Daño indemnizable.** A) Compatibilidad entre las pensiones extraordinarias reconocidas a militares accidentados en acto de servicio y la indemnización por daños. B) Actualización de la cuantía de la indemnización. C) Necesidad de acreditar la realidad del lucro cesante y presunción del daño moral. **6. Acción de responsabilidad y procedimiento.** A) Error registral y responsabilidad administrativa. B) Aseguramiento y responsabilidad administrativa.

**7. Responsabilidad legislativa. Declaración de inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Vigésima de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado que estableció el pase a la situación de Segunda Actividad, por razón de edad, en las Escalas Superior y Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía. Voto particular.**

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Como es proverbial, la colección de sentencias en materia de responsabilidad patrimonial a exponer y comentar en cada número de esta Revista nos brinda, si no pronunciamientos judiciales absolutamente novedosos, sí en todo caso resoluciones que van puliendo los perfiles de la institución y de sus distintos elementos, incrementando así el acopio de los muchísimos matices que encierra cada pieza del sistema.

En este número pueden encontrarse pronunciamientos decisivos delimitadores de la sutil frontera entre los detrimentos de la propiedad privada que conllevan derecho a indemnización y las delimitaciones de derechos realizadas por vía normativa que no generan derecho a compensación económica. Asimismo, algunos ejemplos de apreciación muy laxa de la relación de causalidad en beneficio de los damnificados que no se explican

sino es desde la perspectiva de la *pietatis causa*, tan presente siempre en el manejo de esta garantía.

Una importante cuestión que se aborda es la de la compatibilidad o no de la percepción de pensiones derivadas de eventos dañosos con el derecho a indemnización dimanante de la responsabilidad patrimonial, problema este íntimamente relacionado con la seguridad jurídica y cada vez más frecuente, que exigiría la formulación de una doctrina clara que recogiera todos los matices que resultan del solapamiento de ambas vías resarcitorias y que afectan tanto al monto de la lesión injusta como a la partida por el daño moral, la concurrencia de una póliza de seguro, etc.

Debe igualmente ser resaltada la impecable doctrina de la Sentencia de 11 de octubre de 2004 relativa a un supuesto en que el Tribunal Supremo corrige el destino al que conduciría la simple aplicación del Derecho positivo dado, reconduciéndolo al terreno propicio para realizar la justicia viva y real del caso, descendiendo, como dice la propia Sentencia, “desde la superficie de los textos legales a capas más profundas en las que se esconde ese derecho que da vida al Derecho positivo”.

Por último, no podríamos dejar de destacar las sentencias que nos permiten traer de nuevo a colación el trascendente tema de la responsabilidad derivada de leyes declaradas inconstitucionales. Las sentencias concernidas en este caso permiten hacer un planteamiento cuasi integral del tema —no es la primera vez que lo hacemos en esta Revista— precisamente al hilo de un extenso e incisivo Voto particular que, con independencia de su aceptabilidad o no, merece ser analizado con detenimiento dado que agota prácticamente todas las claves que deben conjugarse para el entendimiento de esta importante cuestión y la formulación de una doctrina unívoca que rescate este problema de la nebulosa en la que viene desenvolviéndose.

## **2. DELIMITACIÓN DEL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. LIMITACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**

La STS de 18 de marzo de 1999, Ar. 3153, luego seguida por las de 20 de enero de 2001, Ar. 3820, y de 27 de abril de 2001, Ar. 4223, enjuiciaron reclamaciones por los daños que conllevó la declaración de sobreexplotación del acuífero subterráneo del Campo de Montiel realizada por RD 393/1998, de 22 de abril, al privar temporalmente a los titulares del dominio privado sobre aguas subterráneas de su uso para riego. A partir de la primera sentencia citada, el Tribunal Supremo adoptó un criterio diverso al hasta entonces sustentado en sus pronunciamientos recaídos sobre el mismo supuesto. De acuerdo con esta reciente línea jurisprudencial, el menoscabo patrimonial sufrido por los titulares de aguas subterráneas se inserta en las naturales limitaciones de uso y aprovechamiento derivadas del estatuto jurídico de las aguas privadas subterráneas, exponentes de la nueva concepción del derecho de propiedad. De este modo, existirá responsabilidad sólo cuan-

## IX. Responsabilidad Administrativa

do haya privación o limitación singular. De lo contrario, cuando la medida está dotada de la debida generalidad, como es el caso, se trata de una delimitación ordinaria de tal dominio privado que no genera derecho alguno a compensación económica.

Ésta es ya la doctrina uniforme, y a la que responden, en el período considerado, las SSTs de 29 de septiembre de 2004, Ar. 6811, de 21 de octubre de 2004, Ar. 6578, y de 5 de noviembre de 2004, Ar. 7052.

### 3. IMPUTABILIDAD. CONFISCACIONES REALIZADAS POR UN ESTADO EXTRANJERO DE BIENES PROPIEDAD DE CIUDADANOS ESPAÑOLES

En números anteriores de estas Crónicas hemos puesto de relieve que, cuando en el marco de cambios políticos, un Estado extranjero decide expropiar propiedades de ciudadanos españoles en su territorio, el daño que se derive de una falta de indemnización o de una insuficiencia en su cuantía no puede imputarse al Estado español que, en el ejercicio de la actividad diplomática, puede llegar todo lo más a negociar una compensación global, sin que ello desmerezca las posibilidades que puedan tener los afectados de acudir a los tribunales del Estado extranjero reclamando una indemnización integral.

Esta doctrina ha sido aplicada recientemente en dos asuntos, como tuvimos ocasión de comprobar en Crónicas anteriores. En primer lugar, en la expropiación de determinadas fincas en la zona del antiguo protectorado español de Marruecos sin indemnización en 1973 (así, STS de 17 de febrero de 1998, Ar. 1636); y, en segundo lugar, en el caso de las “expropiaciones” llevadas a cabo en Cuba por diversas Leyes de reforma agraria tras la Revolución, a finales de los años cincuenta y principios de los sesenta, que afectaron por igual a propietarios cubanos y extranjeros (SSTS de 12 de diciembre de 2003, Ar. 3869, de 19 de febrero de 2004, Ar. 3909, y de 30 de junio de 2004, Ar. 5665). Pues bien, la STS de 6 de octubre de 2004, Ar. 7684, aplica la misma doctrina respecto de actuaciones confiscatorias llevadas a cabo por las autoridades de Guinea Ecuatorial.

### 4. OBJETIVIDAD DEL SISTEMA Y NEXO DE CAUSALIDAD

#### A) Aplicación de las reglas generales a los supuestos de daños sufridos por agentes públicos

En la STS de 14 de octubre de 2004, Ar. 6749, cuyo presupuesto es el del fallecimiento de un funcionario en un accidente de tráfico ocurrido durante un desplazamiento por razones laborales, el Tribunal Supremo sale al paso de dos razonamientos extremos. El primero, según el cual el solo hecho del fallecimiento “en acto de servicio” haría nacer, per se, la responsabilidad administrativa. El segundo, acogido en la instancia, conforme al cual al existir una relación de sujeción especial, existe en todo caso el deber de soportar el daño. En realidad, según la tesis de la Sentencia estos asuntos deben seguir el mismo esquema argumental general; esto es, será necesario probar la existencia de un daño cau-

salmente atribuible a la Administración y que el interesado no tenga el deber de soportar (léase, como regla general, porque deriven de un funcionamiento anormal).

### **B) Laxitud en la apreciación del nexo causal**

Traemos aquí a colación dos pronunciamientos que ponen de manifiesto lo que podríamos calificar de una cierta “generosidad” en la apreciación del nexo causal. En ambos, el Tribunal Supremo extiende éste allá donde el respectivo tribunal de instancia había negado su existencia.

– En la **STS de 14 de octubre de 2004**, Ar. 7414, un preso que consigue burlar la vigilancia policial y fugarse cuando era trasladado a un juzgado, dispara tres meses más tarde sobre una persona con la que estaba enfrentada desde un tiempo anterior al de su fuga. El Tribunal Supremo, contra la sentencia de instancia, considera que aunque el daño haya sido provocado por un tercero —el preso en cuestión— hay una concurrencia de causas con la negligencia administrativa en el traslado que dio lugar a la fuga que, a su vez, posibilitó la acción del evadido contra su víctima.

– En la **STS de 22 de octubre de 2004**, Ar. 6583, un interno en hospital psiquiátrico penitenciario con trastorno paranoide de personalidad y depresión se cuelga de la canasta de baloncesto del patio y se precipita al suelo intencionadamente con el objetivo de quitarse la vida. La sentencia de instancia considera que no hay nexo causal, dado que hubo un seguimiento constante del interno, la estancia en el patio estaba autorizada clínicamente, no se trataba de una instalación peligrosa *per se*, y el interno fue atendido rápidamente. Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que en los días anteriores al intento de suicidio el interno había manifestado un empeoramiento de su estado, que debió ser advertido para tomar las medidas oportunas de aislamiento o vigilancia, y concede indemnización.

## **5. DAÑO INDEMNIZABLE**

### **A) Compatibilidad entre las pensiones extraordinarias reconocidas a militares accidentados en acto de servicio y la indemnización por daños**

Conforme a la mejor doctrina del Tribunal Supremo, la articulación lógica del sistema de clases pasivas diseñado en el RD 1234/1990, de 11 de octubre, con el de responsabilidad patrimonial debiera ser la siguiente. La pensión cubre el menoscabo patrimonial del lesionado, o, en el caso de fallecimiento, del cónyuge, los hijos o, en su caso, los padres (en ausencia de aquéllos y sólo cuando dependen económicamente del hijo). Se trata de una cantidad fijada por ley que no coincide necesariamente con el total del detrimento económico sufrido. La indemnización de ese plus de daño patrimonial respecto el fijado por la ley, así como la de los daños morales, sólo puede conseguirse a través de la acción de responsabilidad, siempre que concurren los requisitos que la determinan (en suma,

## IX. Responsabilidad Administrativa

que el fallecimiento derive de un funcionamiento normal o anormal del servicio, y que se trate de un daño antijurídico). De esta forma, la cantidad que pueda fijarse en concepto de indemnización por daños patrimoniales habrá de tener en cuenta la establecida en concepto de pensión, de forma que podrá estimarse que ésta cubre todo el daño patrimonial (y sólo proceda, pues, indemnizar el daño moral) o bien que la pensión no alcanza a indemnizar todo el daño patrimonial, y se conceda una cantidad a tanto alzado en este concepto. Junto a ello, habrá derecho a una indemnización por daño moral.

Ahora bien, en ocasiones, el propio Tribunal Supremo ha mantenido una concepción aparentemente diversa, según la cual las pensiones extraordinarias y la responsabilidad extracontractual son plenamente compatibles, por derivar de títulos jurídicos distintos, de forma que en cada una de ellas ha de darse el principio de indemnidad. O, incluso, aún reconociendo que la pensión extraordinaria ha de tenerse en cuenta a la hora de fijar la indemnización, ha parecido prescindir *de facto* de la misma a la hora de fijar el monto indemnizatorio. Aún se complica la cuestión cuando a la pensión extraordinaria se ha sumado el cobro de un seguro de accidentes o de vida (según el alcance del daño) suscrito por la Administración a favor del lesionado o, en su caso, de los causahabientes del fallecido. En este caso, cabría pensar que se indemnizan los daños morales, puesto que su montante es independiente de las circunstancias económicas de la víctima o de sus causahabientes, lo que se manifiesta con claridad en el caso de que sean los padres, pues éstos no han de acreditar para el cobro del seguro su dependencia económica del hijo. Por ello, y aplicando los mismos principios, parece que igualmente habría de tenerse en cuenta el montante recibido a la hora de fijar la correspondiente indemnización por daños morales. Sin embargo, en la jurisprudencia no se observa una valoración rigurosa de las diferentes partidas y un cómputo global.

En el período considerado se ha dictado la **STS de 11 de noviembre de 2004**, Ar. 6896. En el asunto de autos, la sentencia de instancia había considerado que no se había acreditado que a través de la aplicación del régimen de Clases pasivas del Estado, es decir, de las pensiones extraordinarias, y de la aplicación de la relación de seguro contraída por la Administración militar y el Consorcio de Compensación de Seguros no se hubiera producido la íntegra reparación moral y material del daño sufrido. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que aún así ambas son insuficientes y concede una indemnización de diez millones de pesetas para la esposa y de cinco millones de pesetas para la hija. Se acoge, aparentemente, una presunción *iuris et de iure* de insuficiencia de las cantidades percibidas, o, dicho de otro modo, el Tribunal Supremo concede en todo caso una “indemnización adicional” cuando hay un funcionamiento anormal, lo que parece remitir, al cabo, a una suerte de “función penalizadora” de la responsabilidad.

### **B) Actualización de la cuantía de la indemnización**

La **STS de 14 de octubre de 2004**, Ar. 6748, aclara, frente al pronunciamiento de instancia, que el hecho de que la fijación de la cantidad que ha de ser satisfecha, en concepto de indemnización, se deje para el trámite de ejecución de sentencia, estableciendo las bases para dicha fijación, no implica que no se trate de una cantidad líquida. En consecuencia, también en este caso es procedente el abono del interés legal de la suma adeudada (cuya

cuantía se fijará en ejecución de sentencia) desde la reclamación en vía administrativa hasta la fecha de la sentencia de instancia, lo que es una consecuencia obligada de la necesidad de alcanzar la plena indemnidad del perjuicio causado, todo ello sin perjuicio además de la procedencia de los intereses previstos en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (se refiere, en este caso, a la de 1881).

### **C) Necesidad de acreditar la realidad del lucro cesante y presunción del daño moral**

Los casos en que el perjuicio alegado se sustancia en un lucro cesante plantean a menudo una difícil cuestión acerca de la acreditación de su realidad y de su cuantía, como puede observarse en los dos casos que se exponen a continuación, que ponen de relieve, asimismo, cómo en los supuestos en que la prueba y cuantificación del daño es más difícil, la jurisprudencia tiende más bien a conceder una indemnización a tanto alzado en concepto de daño moral.

– En la **STS de 19 de octubre de 2004**, Ar. 7422, el daño deriva del retraso de más de nueve años por parte de la Administración en el reconocimiento del título de médico en una determinada especialidad. Se reclama como lucro cesante las cantidades dejadas de obtener por carecer del título de especialista, y una cantidad en concepto de daño moral. El Tribunal Supremo considera que:

“Para que su pretensión pudiera prosperar la recurrente habría de demostrar que como consecuencia de la imposibilidad de la obtención del título de especialista sufrió pérdida de ingresos durante esos años en los que ignoramos qué hizo profesionalmente, y qué actividad, suponemos que en el campo de la medicina privada o pública, ejerció. Para ello bastaría haber justificado la existencia de ofertas de trabajo como especialista en el sector público o privado, pero al no hacerlo así su pretensión no puede ser estimada. No basta con afirmar que un buen criterio sería que se le indemnizase con los emolumentos que en esos casos percibían los especialistas en obstetricia y ginecología al servicio del INSALUD, criterio suficiente para la recurrente, pero insuficiente a todas luces para esta Sala. En consecuencia no ha lugar a indemnización por el lucro cesante reclamado.”

Sí concede indemnización por el daño moral, pese a que la sentencia de instancia consideró que no había quedado acreditado:

“Conviene en este punto dejar claro que esa doctrina sobre el daño moral que sostiene la Sentencia no es conforme con la establecida reiteradamente por esta Sala, puesto que el daño moral no precisa de prueba dada la inmaterialidad del precio del dolor que le tiñe de un evidente subjetivismo. Tanto su apreciación como la determinación de la cuantía corresponden al Tribunal que para apreciarlo y cuantificarlo habrá de ponderar las circunstancias que concurran.

En este caso la pretensión ha de prosperar. Sin duda existe un perjuicio o daño moral para la recurrente, que habiendo superado unas pruebas en las que acreditó los conocimientos

## IX. Responsabilidad Administrativa

y la capacitación necesaria para ser especialista en obstetricia y ginecología se vio privada de tal título como consecuencia de la falta de actividad de la Administración educativa. La realidad de ese daño aun cuando sólo sea por las dudas que en su entorno personal y profesional pudo haber generado la no expedición del título de especialista en lo que a la no superación de la prueba detecta, y, por tanto, a su capacidad profesional se refiere, es incontrovertible, como también lo son las consecuencias morales que de ello derivaron para la recurrente en tanto que se le privó ejercer una especialidad que le añadía una evidente cualificación profesional en el campo de la medicina, y para cuya obtención había realizado un patente esfuerzo de formación profesional, y del que derivaban obvias expectativas que vio frustradas de modo incomprensible para ella.”

En este caso, fija una indemnización de cinco millones de pesetas.

En parecido sentido, la STS de 21 de octubre de 2004, Ar. 7337, conoce de la reclamación de una profesora titular de Universidad que aprueba unas oposiciones a Catedrática de su especialidad, posteriormente anuladas por defectos formales. El Tribunal Supremo considera no indemnizable el lucro cesante consistente en las diferencias retributivas entre ambas condiciones, hasta la jubilación, así como en las ganancias dejadas de obtener al verse privada de participación en cursos y conferencias en su condición de catedrática, calculadas a tanto alzado anual. Estima, como la sentencia de instancia, que dicho lucro cesante carece de la necesaria certeza, y que se pretende, en definitiva, una pensión vitalicia que obligaría año por año a confirmar si la recurrente sigue desempeñando el puesto de profesor universitario sin haber obtenido plaza de Catedrático, aparte de su supervivencia. Como daño moral, no obstante, otorga una cantidad de cinco millones de pesetas.

### 6. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y PROCEDIMIENTO

#### A) Error registral y responsabilidad administrativa

En la STS de 11 de octubre de 2004, Ar. 6822, cuyo ponente es el Magistrado González Navarro, los hechos pueden resumirse como sigue. El mal funcionamiento del Registro de Actos de última voluntad provoca la emisión de una certificación errónea acerca de cuál es el último testamento otorgado, que tiene lugar en 1981. El resultado es que figuran como herederos unas personas distintas al que debió serlo. El perjudicado tuvo conocimiento del error muy a posteriori, en 1995, cuando, elevada consulta, el Registrador lo admitió sin darle, no obstante, solución alguna.

La sentencia de instancia, al igual que en su momento el Ministerio de Justicia, siguiendo al Consejo de Estado, entiende que, respecto del daño patrimonial, lo procedente es que el perjudicado se dirija por la vía civil contra los actuales titulares de los bienes que debieron adjudicársele, por lo que sólo establece una indemnización a título de daño moral.

Por el contrario, el Tribunal Supremo considera que, teniendo en cuenta que han transcurrido veinticinco años desde el fallecimiento del testador, remitir ahora al perjudicado a

la vía civil, con escasas posibilidades de éxito al existir terceros adquirentes de buena fe, iría en contra del derecho a la tutela judicial efectiva:

“Yendo al fondo del problema –descendiendo desde la superficie de los textos legales a capas más profundas en las que se esconde ese derecho que da vida al derecho positivo, al derecho ‘puesto’ en forma de Ley– se ve con claridad meridiana, porque el derecho es la luz interior que ilumina la Ley y permite ver con claridad los problemas jurídicos, que la propuesta del Consejo de Estado, que se apresuró a hacer suya el Ministerio, y que asumió luego la Sala de instancia, permite a la Administración zafarse de las consecuencias del daño por ella causado y por ella reconocido, remitiendo *ad kalendas graecas* –diez, quince, veinte años más– la solución justa del caso, que no puede ser otra que la reparación integral al lesionado de un daño que, por ser antijurídico, no tiene el deber de soportar.

Y siendo esto tan evidente, no lo es menos que por más correcta que pudiera ser la solución procesal sugerida por el Consejo de Estado, no puede aceptarse vistas las circunstancias que en este caso concurren: Y es que, atendidas esas circunstancias, tal solución por no ser razonable, es contraria a la regla –un principio del derecho positivizado– de la tutela judicial efectiva.”

“(…) Ahora bien, ello no impide, antes al contrario, exige que, sin perjuicio de la responsabilidad en que la Administración ha incurrido y por la que tiene que indemnizar al verdadero heredero, esa misma Administración pueda subrogarse en el lugar de éste, para ejercitar las acciones que legalmente procedan frente a quienes no siendo herederos –pero tampoco causantes del daño ocasionado al verdadero heredero– incorporaron los bienes de la herencia a su patrimonio, a fin de que devuelvan lo indebidamente percibido, o su equivalente, tal como previene el artículo 1895 del Código Civil. Todo ello, obviamente, sin que ello suponga prejuzgar ni condicionar lo que en su día hayan de decir los Tribunales que deban conocer de esos pleitos.”

Se trata, en definitiva, de una solución transida de la búsqueda de lo que se ha dado en llamar “justicia material”, o, como señala la propia sentencia, “razonabilidad”. Esto es, de no condenar por motivos formales a aquel que ha padecido un mal funcionamiento de un servicio público y ha recorrido un largo iter procesal a partir de nuevo de cero. Preocupación y solución que hemos observado en múltiples ocasiones en materia de reclamaciones por daños provocados por contratistas o concesionarios.

### **B) Aseguramiento y responsabilidad administrativa**

La STS de 10 de noviembre de 2004, Ar. 7720, en el contexto de un accidente de tráfico provocado por un vehículo de titularidad de la Administración, aclara, contra lo sostenido por la instancia, que el dato de que una actividad administrativa esté asegurada no impide al lesionado accionar directamente contra la Administración, siendo de aplicación la normativa que regula la responsabilidad administrativa (arts. 139 y siguientes Ley 30/1992 y RD 429/1993), incluso si el perjudicado ha recibido ya una cantidad de la aseguradora,

## IX. Responsabilidad Administrativa

cuando no esté conforme con su montante. La solución es plausible y coherente con la garantía de Derecho público que la citada Ley establece.

### **7. RESPONSABILIDAD LEGISLATIVA. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGÉSIMA DE LA LEY 37/1988, DE 28 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO QUE ESTABLECIÓ EL PASE A LA SITUACIÓN DE SEGUNDA ACTIVIDAD, POR RAZÓN DE EDAD, EN LAS ESCALAS SUPERIOR Y EJECUTIVA DEL CUERPO NACIONAL DE POLICÍA. VOTO PARTICULAR**

Cuando un ciudadano sufre un perjuicio derivado de la aplicación de leyes posteriormente declaradas inconstitucionales, tiene derecho a ser indemnizado, incluso si no impugnó el acto de aplicación en su día o, sí lo hizo, y obtuvo una sentencia firme en su contra. El Tribunal Supremo ha interpretado que la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido *a priori* en su texto, argumentando que el reconocimiento del derecho a indemnización en todos estos casos no va en contra del principio de seguridad jurídica ni, cuando existe sentencia firme, del principio de cosa juzgada. Ahora bien, recientemente ha precisado que la decisión sobre la procedencia o no de indemnización debe partir del tenor del pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca del alcance de la declaración de inconstitucionalidad, pues si del mismo deriva de forma explícita o implícita la voluntad de mantenimiento de los actos que hayan devenido firmes, dotando al pronunciamiento de eficacia *ex nunc*, habrá entonces de excluirse también el derecho a obtener indemnización por los daños que deriven de dichos actos.

En lo que a las condiciones procesales se refiere, pueden destacarse las siguientes notas:

– La primacía de la autonomía de la acción de responsabilidad, de tal manera que su viabilidad es independiente de que el particular haya o no impugnado el acto de aplicación de la ley, pues en ningún caso está obligado a reaccionar frente a un acto que, hasta la posterior declaración de inconstitucionalidad, goza de la presunción de legalidad con que cuenta la propia ley de la que es aplicación. Esta jurisprudencia, por cierto, entronca con la doctrina comunitaria en torno a la autonomía de la acción de responsabilidad ex artículo 288.2 del Tratado de las Comunidades Europeas, respecto de las acciones de nulidad contra disposiciones de alcance general o actos dictados en su aplicación.

– Asimismo, la autonomía de la acción de responsabilidad respecto a la posibilidad de instar la revisión de oficio del artículo 102 LRJAP-PAC, posibilidad con que cuentan los interesados siempre que el acto no haya sido confirmado por sentencia firme.

– En cuanto al plazo para presentar la reclamación, éste no se identifica con el de prescripción para reclamar los ingresos indebidos o para impugnar las liquidaciones. Habida cuenta de que la reclamación indemnizatoria tiene un fundamento distinto, el plazo a considerar es de la propia acción de responsabilidad. En aplicación de la teoría de la *actio*

nata, el momento inicial de su cómputo es el de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional que, al declarar la inconstitucionalidad de la ley, permite por primera vez tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacen posible el ejercicio de la acción.

Las SSTS de 21 de junio de 2004, Ar. 6497, 21 de junio de 2004, Ar. 7272, de 12 de julio de 2004, Ar. 7287, de 7 de octubre de 2004, Ar. 7318, y de 7 de octubre de 2004, Ar. 7010, resuelven un nuevo supuesto. Se trata de la declaración de inconstitucionalidad por STC 234/1999, de 16 de diciembre, de la Disposición Adicional Vigésima de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado que estableció que el pase a la situación de Segunda Actividad, por razón de edad, en las Escalas Superior y Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía, se declararía al cumplir los funcionarios la edad de cincuenta y ocho años. El Tribunal Supremo considera que, en aplicación de la misma doctrina desarrollada respecto al gravamen complementario de máquinas recreativas, y en ausencia de pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el alcance de los efectos de su sentencia, los perjudicados tienen derecho a obtener indemnización, cualquiera que sea el grado de firmeza de los actos de que deriva el daño, o pese a que pudiera haberse producido en algún caso el efecto de cosa juzgada.

Interesa resaltar que todas las sentencias citadas, excepto la primera de ellas, cuentan con un extenso voto particular que suscribe el Magistrado D. Agustín Puente Prieto (que asimismo lo formula a las Sentencias dictadas en este período con el gravamen complementario sobre las máquinas recreativas como trasfondo –asunto este sobre el que, por comentado en crónicas anteriores, no volvemos en esta ocasión– esto es, las SSTS de 21 de octubre de 2004, Ar. 6646, y de 13 de julio de 2004, Ar. 6967 y 6968).

Dicho voto particular hace un examen particularmente circunstanciado de cuál ha sido la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad legislativa (que bien conocerá el atento seguidor de estas Crónicas), para poner de relieve las contradicciones e inexactitudes en que incurre dicha jurisprudencia, en general, y las sentencias ahora comentadas, en particular.

Recuerda el Magistrado cómo, aparte algunos precedentes menores, los primeros pronunciamientos recayeron para dar respuesta a las demandas indemnizatorias formuladas por cuerpos de funcionarios afectados por el anticipo legal de la edad de jubilación. En un primer momento (1986 y 1987) dilucidaron una cuestión procesal, cual es que la competencia para resolver la reclamación indemnizatoria previa correspondía al Consejo de Ministros. A partir de 1992 se dictan los primeros pronunciamientos sobre el fondo, que ponen de manifiesto la falta de previsión constitucional (salvo la referencia del artículo 9.3 CE a la genérica “responsabilidad de los poderes públicos”) y de desarrollo legal del tema de la responsabilidad del legislador, carencia que no puede ser suplida por los tribunales. Asimismo, se daba cuenta de la diversidad de respuestas en el Derecho comparado. El autor del Voto particular pone de manifiesto que, hasta la actualidad, el Tribunal Supremo ha seguido trayendo a colación en sus pronunciamientos esta incompetencia para

## IX. Responsabilidad Administrativa

elaborar una jurisprudencia sobre la responsabilidad legislativa sin una base constitucional o legal, pronunciamientos que en realidad entran en frontal contradicción (como hemos puesto de relieve en diversas Crónicas) con su propia praxis, que ha consistido, precisamente, en elaborar *ex novo* e incluso *contra legem*, todo un sistema de responsabilidad por actos legislativos.

Coetáneamente, la Ley 30/1992 reguló en el artículo 139.3, dentro de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, la obligación de indemnizar a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.

A partir de esa fecha, el Tribunal Supremo conoció de diversos asuntos que, como el relativo al adelanto de la edad de jubilación y al régimen de incompatibilidades de los funcionarios, tenían en común cuestionar la responsabilidad por la aplicación de leyes constitucionales, y en algunos casos reconoció el derecho a indemnización (asuntos como los cupos de pesca exentos o el gravamen autonómico sobre hidrocarburos, que ya hemos comentado en estas Crónicas).

El primer pronunciamiento acerca de la responsabilidad por la aplicación de una ley posteriormente declarada inconstitucional lo constituyó la STS de 29 de febrero de 2000, Ar. 2730, en el asunto, de sobra conocido por el lector de estas Crónicas, del gravamen complementario sobre la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte, envite o azar. Dicha sentencia desvinculó la posibilidad de reconocimiento del derecho a indemnización del mantenimiento de los actos firmes e incluso del reconocimiento del efecto de cosa juzgada. La citada sentencia fue seguida por la de 13 de junio de 2000 (que contaba con un voto particular) y la de 15 de julio del mismo año, que completan y perfeccionan esta doctrina, entendiendo que todos los actos derivados de la aplicación de una norma nula están igualmente afectados de nulidad, y que, a falta de pronunciamiento expreso del TC sobre el alcance de la declaración de inconstitucionalidad, corresponde a los tribunales determinar en cada caso sobre la eficacia *ex tunc* o *ex nunc* de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad.

Las discrepancias del Magistrado que suscribe el Voto particular se centra en la afirmación jurisprudencial según la cual cabe declarar la responsabilidad derivada de actos dictados en aplicación de leyes inconstitucionales aún en los casos en que existe sentencia judicial o acto administrativo firme. Considera el Magistrado que la indemnización produce en estos casos los mismos efectos que se seguirían de la anulación del acto y de la consiguiente obligación de reponer plenamente al recurrente en sus derechos, de modo que es una ficción sostener que cabe declarar la obligación de indemnizar y mantener la vigencia del acto. En definitiva, a su juicio, lo procedente en estos casos sería atacar el acto afectado de nulidad, solicitando, además, el pleno restablecimiento del derecho, lo que puede implicar el otorgamiento de indemnización.

Ahora bien, a su juicio, del principio de seguridad jurídica, consagrado en la jurisprudencia constitucional y ordinaria y en la normativa vigente (arts. 161 CE, 40.1 LOTC, 73

LJCA, 158 Ley General Tributaria de 1963 o 102 LRJAP-PAC) se deriva que la declaración de nulidad de una norma no permite la revisión del acto de aplicación cuando se ha producido el efecto de cosa juzgada o dicho acto es firme. En su argumentación, la tesis correcta es que la nulidad por vía de inconstitucionalidad de una Ley o de una disposición general no se traslada al acto administrativo y que éste, si es firme o está confirmado por sentencia judicial firme, ni puede ser objeto de revisión ni puede servir de base para la exigencia de responsabilidad. No se puede mantener, a su juicio:

“que la nulidad de una disposición general, y de su máxima expresión encarnada en la Ley, acarrea la nulidad de los actos de aplicación de la misma dictados antes de que la nulidad de la Ley o de la disposición general haya sido declarada, por lo que dichos actos firmes resultaron conformes a derecho en su día. Por ello, y por exigencia del principio de seguridad jurídica, que impone la consolidación de situaciones confirmadas por sentencia firme o por actos administrativos de la misma naturaleza, no procede sustituir, sin desvirtuar tal principio, la imposible revisión del acto por una equivalente indemnización de daños y perjuicios, pues ello, además, desnaturalizaría lo dispuesto en el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia antes invocada del Tribunal Constitucional y de esta Sala, puesto que en definitiva se trata por ambos medios de obtener el mismo resultado que se concreta, en definitiva, en la reparación del perjuicio ocasionado, expresado, en caso de liquidaciones fiscales, en una devolución de ingresos con sus intereses y, en el supuesto de actos no fiscales, y ante la imposible reparación *in natura*, en el abono de las cantidades dejadas de percibir con sus intereses o, lo que es lo mismo, con la correspondiente actualización monetaria”.

Se trata de un Voto particular de una extensión y un rigor destacables, que conviene tener en cuenta, en la medida que pudiera anunciar cambios en la jurisprudencia, y, en todo caso, por lo circunstanciado de sus argumentos.

EMILIO GUICHOT REINA  
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE  
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. **FUNCIÓN PÚBLICA****Sumario:**

**1. Clases de empleados públicos.** A) Los profesores de religión católica no tienen la condición de funcionarios interinos, sino de contratados laborales. **2. Acceso.**

A) Funcionarización de personal laboral fijo al amparo de la DT Decimoquinta de la Ley 30/1984. Carácter excepcional y restrictivo. No tiene aplicación en el ámbito de la Administración Local. B) La potestad discrecional del órgano calificador no ampara la aplicación injustificada de distintos criterios de calificación en cada una de las bases de la convocatoria. C) Proceso selectivo para la constitución de bolsas de interinos. No cabe condicionar la participación en el mismo al cumplimiento de un requisito cuya exigencia no se conocía en el momento de poder obtenerlo. D) Proceso de selección para la constitución de una lista de reserva de agentes temporales. No cabe discriminar positivamente a las mujeres. E) La inclusión en una lista de reserva para la contratación de agentes temporales no ampara la confianza legítima de los incluidos a ser efectivamente contratados. **3. Carrera administrativa.** A) Exigencia de conocimientos lingüísticos que no resulta injustificada ni discriminatoria. **4. Derechos individuales.**

A) El derecho a obtener un permiso para el cumplimiento de un deber inexcusable ha de comprender también la asistencia a reuniones de aquellos empleados que ocupen cargos directivos en determinadas asociaciones cívicas. B) Vacaciones: los funcionarios de Correos tienen derecho al disfrute de vacaciones por días hábiles. **5. Derechos colectivos.** A) Negociación colectiva. a) Su omisión origina la nulidad absoluta de los pactos o acuerdos adoptados sin posibilidad alguna de convalidación *a posteriori*.

b) Es el convenio el que debe respetar y someterse a la ley y a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario. B) Libertad sindical: la iniciación de un expediente disciplinario por abandono del puesto frente a quien puede razonablemente ser un liberado sindical constituye una violación de este derecho fundamental. **6. Derechos económicos.** A) Trienios: se deben pagar las diferencias reales que puedan existir como consecuencia de la reclasificación del funcionario en otro Grupo distinto. B) Comple-

mento de productividad: posee un marcado carácter subjetivo que impide considerarlo como una retribución complementaria inherente a un puesto de trabajo. C) Gratificaciones por servicios extraordinarios: existe una obligación de pago de lo convenido aunque no exista crédito presupuestario en la Administración correspondiente.

D) Complemento específico y de destino: debe ser el mismo para los funcionarios que realizan idénticas labores, con independencia del nivel que tengan asignado y del grupo al que pertenezcan. **7. Incompatibilidades.** A) Las declaraciones de incompatibilidad entre el cargo de presidente del Tribunal Superior de Justicia y el desempeño de tareas docentes en la Universidad deben justificarse aduciendo razones y objetivos específicos.

**8. Extinción de la relación funcional.** A) Aplicación de la rehabilitación a funcionarios traspasados a las Administraciones autonómicas.

## 1. CLASES DE EMPLEADOS PÚBLICOS

### **A) La enseñanza de religión católica en educación primaria no asimila a los profesores que la imparten a la categoría de funcionarios interinos. Dichos profesores tienen la condición de contratados laborales**

La controversia sobre la naturaleza de la relación que une a la Administración con los profesores que enseñan religión católica en los centros docentes públicos (primaria y secundaria) fue resuelta por el art. 93 de la Ley 59/1998, de 30 de diciembre, que modificó la Disposición Adicional Segunda de la LOGSE, disponiendo que dichos profesores prestarán sus servicios en régimen de contratación laboral, sin perjuicio de su equiparación retributiva a los profesores interinos.

A mayor abundancia, tal como afirma la STS de 25 de enero de 2005, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1162, los citados profesores de religión no pueden ostentar la condición de funcionarios interinos, pues la función desempeñada por ellos no constituye el contenido de ninguna plaza de la plantilla funcional, de modo que no reúnen el requisito imprescindible de ocupar "(...) plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera" (art. 5.2 LFCE). Por lo demás, recuerda la Sala que la jurisdicción social ha venido predicando la naturaleza laboral del vínculo que une a los profesores en cuestión con la Administración.

En el mismo sentido, véanse las SSTs de 25 de enero de 2005, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1572, y 2 de febrero de 2005, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1168.

### 2. ACCESO

#### **A) Funcionarización de personal laboral fijo al amparo de la Disposición Transitoria Decimoquinta de la Ley 30/1984. Carácter excepcional y restrictivo. No tiene aplicación en el ámbito de la Administración Local**

La Disposición Transitoria Decimoquinta de la LMRFP, introducida por la Ley 23/1988, de 28 de julio, tuvo por objeto corregir la excesiva laboralización provocada por la redacción originaria del art. 15.1.c) de la primera de las normas citadas. Según la citada Disposición Transitoria, el personal laboral fijo que a la entrada en vigor de la Ley 23/1988 ocupase un puesto reservado a funcionarios pudiese obtener la condición de funcionario, siempre que estuviese en posesión de la titulación exigida, superase las pruebas selectivas convocadas al efecto, y perteneciese a la Administración del Estado, a sus organismos autónomos o a las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

Sin embargo, el régimen expuesto no resulta aplicable a la Administración Local, que se rige por normas específicas. Por ello, la **STSJ de Asturias de 11 de enero de 2005**, Ar. 92818, estima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra el Acuerdo plenario de un Ayuntamiento de esa Comunidad Autónoma que procedió al nombramiento como funcionarios de carrera del personal laboral fijo al servicio de dicha Corporación, tras la superación de las pruebas oportunas. Sin perjuicio de la inaplicabilidad de la Disposición Transitoria Decimoquinta de la LMRFP a supuestos distintos de los contemplados por la misma, la STSJ de Asturias de 11 de enero de 2005 señala que carece de respaldo legal la funcionarización de todo el personal laboral fijo que figura en la relación de puestos de trabajo de la Corporación demandada, más aun cuando se desconoce si tales trabajadores tenían la condición de fijos a la entrada en vigor de la Ley 23/1988.

#### **B) Concurso-oposición. La potestad discrecional del órgano calificador no ampara la aplicación injustificada de distintos criterios de calificación en cada una de las bases de la convocatoria. Personal laboral fijo**

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 31 de enero de 2005**, Ar. 112, declara la desconformidad a derecho de la valoración efectuada por el órgano calificador del mérito relativo a la superación de ejercicios “(...) en pruebas de acceso a puestos similares al convocado en entidades locales (...)”, consignado en las bases de la convocatoria para el acceso a una plaza de técnico en Derecho. Sobre el particular, el tribunal calificador entendió que podían valorarse todas las pruebas superadas en procedimientos de acceso a puestos de trabajo del grupo A.

Sin embargo, teniendo en cuenta que otra de las bases de la misma convocatoria contempla la experiencia profesional por referencia al “desempeño de puestos de similar contenido al convocado”, sin mención alguna del grupo de adscripción de los puestos en cuestión, entiende la Sala que, al exigir que las pruebas superadas lo sean en procesos para el acceso a puestos de trabajo del grupo A, el órgano calificador introduce una exigencia añadida ni siquiera insinuada en las bases de la convocatoria. En definitiva, sostiene la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 31 de enero de 2005, que el criterio adoptado por

el tribunal calificador, valorando únicamente la superación de pruebas para el acceso a puestos del grupo A, supone una desviación en el ejercicio de su potestad discrecional que vulnera los principios de mérito y capacidad.

**C) Proceso selectivo para la constitución de bolsas de interinos. No cabe condicionar la participación en el mismo al cumplimiento de un requisito cuya exigencia no se conocía en el momento de poder obtenerlo. Funcionarios docentes no universitarios**

La STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de febrero de 2005, Ar. 92359, anula la Disposición Transitoria Primera del Decreto 23/2001, de 27 de febrero, por el que se reguló el procedimiento de selección de funcionarios docentes no universitarios, y se convocó el proceso selectivo para la constitución de bolsas de trabajo para interinos, condicionando la admisión en este último proceso a la previa participación en el proceso selectivo convocado por Orden de 28 de marzo de 2000.

La Sala rechaza que se establezca como requisito de admisión en el proceso selectivo convocado por el Decreto 23/2001 la participación en un proceso ya concluido, de modo que resulta de todo punto imposible dar cumplimiento a la exigencia en cuestión. Este modo de actuar vulnera sin causa justificada la seguridad jurídica, así como los principios de mérito y capacidad, pues se impide la demostración de tales principios a quienes, de haber sabido que en el futuro resultaría necesario para acceder a una interinidad, habrían participado en la pruebas convocadas por la Orden de 28 de marzo de 2000.

Por todo ello, la STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de febrero de 2005 declara el derecho de la demandante a ser incluida en las listas de interinos, pese a no haber participado en el proceso selectivo convocado por la citada Orden de 28 de marzo de 2000.

**D) Proceso de selección para la constitución de una lista de reserva de agentes temporales. No cabe discriminar positivamente a las mujeres. Institutos de investigación de la Comisión Europea**

Los procedimientos de selección o de provisión de puestos de trabajo tienen como objeto seleccionar a los aspirantes con más alto grado de conocimientos, de rendimiento y de integridad en el desempeño de los puestos a ocupar. Por esta razón, no pueden aplicarse medidas de discriminación positiva, a no ser que se trate de supuestos de empate en las calificaciones y siempre que concurren determinadas circunstancias adicionales.

En otras palabras, tal como afirma la STPICE de 5 de abril de 2005, S. Christensen/Comisión, si en el concreto proceso de selección enjuiciado se aplicasen tales medidas de discriminación positiva, se estaría vulnerando el principio de igualdad de tratamiento en la apreciación de las calificaciones.

## X. Función Pública

### **E) Formación de una lista de reserva para la eventual contratación de agentes temporales. La inclusión en dicha lista no ampara la confianza legítima a la efectiva contratación de los incluidos**

La confianza legítima representa uno de los principios fundamentales del Derecho Comunitario. Sin embargo, dicho principio no puede ser invocado por los sujetos incluidos en una lista de reserva elaborada para la cobertura de posibles vacantes de puestos de agentes temporales.

En el caso enjuiciado por la STPICE de 16 de marzo 2005, F.A. Ricci/Comisión, la propia convocatoria del proceso para la formación de la lista en cuestión advertía de que la permanencia en la misma tendría una duración limitada, señalando igualmente que la Comisión podría proceder facultativamente a la contratación de los incluidos en tal lista.

### **3. CARRERA ADMINISTRATIVA**

#### **A) Promoción interna. Exigencia de conocimientos lingüísticos que no resulta injustificada ni discriminatoria. Provisión de vacantes en la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea**

Convocado un concurso interno para la provisión de una serie de vacantes (categoría A) en la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea, de conformidad con las bases de la convocatoria, además de la lengua materna, los aspirantes deben acreditar en las pruebas escritas y orales previstas al efecto, un conocimiento muy bueno de inglés o de francés, así como el conocimiento suficiente de otra de las lenguas comunitarias.

Frente a la tesis del recurrente, la STPICE de 5 de abril de 2005, M. Hendrickx/Consejo, señala que, si bien el art. 28.f) del Estatuto exige el conocimiento de dos lenguas comunitarias para poder adquirir la condición de funcionario, la exigencia del conocimiento de tres lenguas en el caso de autos resulta justificada por razones funcionales, que autorizan a sobrepasar la previsión mínima del citado precepto del Estatuto.

Por otra parte, tampoco el Tribunal de Primera Instancia aprecia vulneración del principio de igualdad de tratamiento, pues no estima que puedan resultar favorecidos los aspirantes que tienen como lengua materna el francés o el inglés. En este sentido, advierte el Tribunal de Primera Instancia que cada candidato, al margen de acreditar sus conocimientos de inglés o francés, puede elegir libremente las otras dos lenguas comunitarias en que realizará las pruebas establecidas. Además, añade el Tribunal que las eventuales diferencias que pudieran derivarse en función de la lengua materna de los distintos aspirantes estarían justificadas por razones funcionales que determinan la selección de los candidatos con mayor grado de conocimiento de inglés o francés, que son las lenguas más utilizadas en la Secretaría General del Consejo. En todo caso, concluye el Tribunal que, dado que en la Unión Europea existen veinte lenguas oficiales, las diferencias entre candidatos por razón de su lengua materna no pueden estimarse sin más como lesivas del principio de igualdad de tratamiento.

#### 4. DERECHOS INDIVIDUALES

##### **A) El derecho a obtener un permiso para el cumplimiento de un deber inexcusable ha de comprender también la asistencia a reuniones de aquellos empleados que ocupen cargos directivos en determinadas asociaciones cívicas**

La STSJ de Castilla y León de 18 de enero de 2005, Ar. 71429, ha concretado el alcance que ha de darse al concepto jurídico indeterminado de “cumplimiento de un deber inexcusable”. Para ello, y a pesar de que se trataba de un funcionario del Estado, la Sala utiliza el criterio interpretativo de la normativa reguladora de los funcionarios autonómicos por ser bastante menos restrictiva que la estatal.

El funcionario recurrente ostentaba la condición de presidente de una asociación ecologista y había sido convocado por la Confederación Hidrográfica del Duero a los efectos de satisfacer en materia de información medioambiental las inquietudes de la Asociación. La Administración le había denegado el permiso solicitado para asistir a dicha reunión alegando que la asistencia a las actividades de las asociaciones constituye una obligación asumida voluntariamente, pero nunca un “deber inexcusable” en los términos previstos en el art. 30.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto. Y ello porque, de acuerdo con el Manual de Procedimientos de Gestión de Recursos Humanos de 14 de diciembre de 1992, “deberá entenderse por deber inexcusable aquella obligación que incumbe a una persona cuyo cumplimiento le generaría una responsabilidad de índole civil, penal o administrativa”.

La Sala, no obstante, dadas las circunstancias del caso, aplica el art. 16 del Decreto autonómico 210/2000, de 11 de octubre, que define el “deber de carácter público personal” de una forma bastante amplia y comprensiva de la asistencia a reuniones o actos, por aquellos empleados que ocupen cargos directivos en Asociaciones Cívicas que hayan sido convocadas formalmente por algún órgano de la Administración. Ello le permite confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso, que había sido estimatoria de las pretensiones del funcionario recurrente.

##### **B) vacaciones: los funcionarios de Correos tienen derecho al disfrute de vacaciones por días hábiles**

La STSJ del País Vasco de 18 de febrero de 2005, Ar. 97238, ha declarado el derecho de la funcionaria de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos a disfrutar de vacaciones por días hábiles en aplicación del art. 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, en la redacción dada a dicho artículo por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre. Para llegar a dicha conclusión, la Sala realiza un análisis de la naturaleza jurídica del personal de dicha institución, toda vez que el carácter de la discusión del presente recurso es exclusivamente jurídico.

Pues bien, tal como se recoge en la STS de 17 de febrero de 2004, en la Sociedad Correos y Telégrafos existe personal funcionario que se mantiene con tal condición bajo la nueva sociedad, permaneciendo en ella en la misma situación en sus Cuerpos y Escalas, con la

## X. Función Pública

antigüedad, retribuciones que tuvieran consolidadas y las que les atribuyan las leyes de presupuestos con pleno respeto de sus derechos adquiridos. De esta forma, afirma la Sala que se trata plenamente de personal funcionario que mantiene su relación de naturaleza propiamente estatutaria. Así, según dispone el art. 7.3 de la Ley 14/2000 de 29 de diciembre, dichos funcionarios se rigen por lo dispuesto en dicho artículo y, en lo no previsto en él, por las normas con rango de ley que regulan el régimen general de los funcionarios públicos.

Todo ello le permite concluir la plena aplicabilidad del art. 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, en la redacción dada por la Ley 53/2002, que da plena cobertura a las pretensiones deducidas en el escrito de demanda, pues permite vacaciones de 22 días hábiles anuales, con posibles incrementos en función de los años de servicio prestados por el funcionario.

La STSJ de Castilla y León de 25 de marzo de 2005, Ar. 89290, sin embargo, ha adoptado la solución contraria y tras realizar un análisis semejante a la anterior sentencia comentada desestima la pretensión del funcionario de Correos recurrente de que se le aplique el art. 68 de la LFC. Según dispone la Sala, a este personal le resulta aplicable el régimen de vacaciones previsto en el VII Protocolo Anexo al Acuerdo General de Mejora del Servicio Postal y nueva regulación interna de los recursos humanos de Correos de 16 de diciembre de 2002 y en vigor desde enero de 2003.

### 5. DERECHOS COLECTIVOS

#### A) Negociación colectiva

##### a) Su omisión origina la nulidad absoluta de los pactos o acuerdos adoptados sin posibilidad alguna de convalidación *a posteriori*

La STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de febrero de 2005, Ar. 91825, ha tratado la cuestión relativa a las consecuencias jurídicas de la falta de negociación colectiva en el ámbito funcional. El sindicato recurrente había impugnado los Acuerdos del Ayuntamiento de Almansa sobre la plantilla de personal y la oferta pública de empleo por no haber sido previamente negociados con los sindicatos más representativos. El Ayuntamiento, por el contrario, alegaba la plena validez de dichos Acuerdos por haber sido subsanado *a posteriori* el vicio de la falta de negociación colectiva.

Pues bien, para la resolución de este caso la Sala hace un análisis de la conexión que en el ámbito funcional existe entre la negociación colectiva y el derecho a la libertad sindical de los sindicatos como una de sus facultades de acción sindical y como contenido de dicha libertad. Ello le permite declarar la nulidad absoluta o de pleno derecho de los Acuerdos adoptados en el Ayuntamiento por entender que su vulneración ocasiona la contravención de un derecho fundamental, concretamente el de la libertad sindical, sin que sea posible una “convalidación como la pretendida por la Corporación Local demandada sobre la base de haber sometido los acuerdos a la Mesa de Negociación con

posterioridad a su aprobación”. Entiende el Tribunal que si consideramos este vicio como mera causa de anulabilidad, perdería todo su sentido la negociación, ya que aunque las propuestas y conclusiones de los miembros de la Mesa Negociadora no son vinculantes para la Administración, toda negociación requiere de la apertura de cauces para el diálogo y los pactos que no sería posible si la decisión estuviera tomada de antemano con carácter definitivo, cerrando la puerta a posibles soluciones pactadas o al menos a la discusión de alternativas o medidas distintas.

**b) Es el convenio el que debe respetar y someterse a la ley y a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario**

El Auto del Tribunal Constitucional número 33, de 31 de enero de 2005, ha venido a aclarar definitivamente las relaciones entre la negociación colectiva funcional y la ley. Dicho Auto trae su causa en la interposición de un recurso de amparo interpuesto por la Unión General de Trabajadores frente al anuncio, efectuado el 19 de septiembre de 1996 por el Ministro de Administraciones Públicas ante la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, de que en el año 1997 no se iba a proceder a incrementar las retribuciones de los empleados públicos.

En opinión de los recurrentes, esta manifestación de voluntad vulneraría una vertiente de la libertad sindical proclamada en el art. 28 de la Constitución, toda vez que privaría de fuerza vinculante a los acuerdos alcanzados con ocasión de la negociación colectiva llevada a cabo en el seno de la Administración. Asimismo sostienen que la posterior incorporación de esta medida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997 en modo alguno sanó la citada infracción constitucional, toda vez que la ley aprobatoria de los presupuestos públicos anuales, no es la ley a la que el art. 53.1 de la Constitución reserva la regulación del ejercicio de los derechos y libertades. A partir de ahí, se plantean los recurrentes: “¿Puede ser desconocido ese Acuerdo por el Gobierno a la hora de redactar el Proyecto de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, no incluyendo en dicho proyecto el contenido del mencionado Acuerdo?, ¿Ha desconocido y, como consecuencia de ello, vulnerado el Gobierno el derecho fundamental de sindicación de los funcionarios públicos, de cuyo contenido esencial forma parte el derecho a la negociación colectiva?”

El TC, no obstante, declara la inadmisión de este recurso de amparo por considerar que la respuesta judicial que obtuvo esta impugnación (la STS de 21 de marzo de 2002, que anuló la SAN de 7 de noviembre de 2000) resultó conforme con el contenido constitucional de los derechos fundamentales que se hayan invocado en el proceso *a quo*, por lo que “resulta de todo punto improcedente que este Tribunal venga obligado a reiterar, en forma de sentencia, la doctrina constitucional aplicada con entera corrección por los órganos jurisdiccionales. Si tal reiteración resultase obligada, se produciría una injustificada alteración de las funciones que respectivamente corresponden a los tribunales ordinarios y a este Tribunal en materia de defensa de los derechos fundamentales con merma de la encomendada por la Constitución, cuyos pronunciamientos habrían de ser ineluctablemente revisados incluso siendo palmaria su adecuación a las exigencias constitucionales”.

## X. Función Pública

Ello, sin embargo, no ha impedido al Tribunal reiterar la especial naturaleza de la negociación colectiva funcional y sus relaciones con la ley, recordando que “el principio de jerarquía normativa reconocido en el art. 9.3 de la CE impide que los incrementos retributivos alcanzados mediante pacto o convenio prevalezcan sobre las concretas determinaciones contenidas en normas con rango de ley (...) El art. 37.1 CE ni por sí mismo ni en conexión con el art. 9.3 CE puede oponerse o impedir la producción de efectos de las leyes en la fecha dispuesta por las mismas. Es el convenio el que debe respetar y someterse a la ley y a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario, siendo constitucionalmente inaceptable que una ley no pueda entrar en vigor en la fecha dispuesta por el legislador. A lo expuesto cabe añadir que en la presente ocasión, la consecución de los objetivos de estabilidad presupuestaria, requisito imprescindible para integrarse en la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria, ha de reputarse un objetivo de interés general que justifica sobradamente la adopción de una medida como la cuestionada por los recurrentes”.

### **B) Libertad sindical: la iniciación de un expediente disciplinario por abandono del puesto frente a quien puede razonablemente ser un liberado sindical constituye una violación de este derecho fundamental**

La STSJ de Canarias de 19 de enero de 2005, Ar. 86591, ha anulado una resolución administrativa que acordaba la separación del servicio del funcionario recurrente como sanción al abandono del puesto de trabajo por considerar que la medida suponía una contravención del art. 28 de la Constitución Española.

En este caso aparece constatado que el funcionario había inasistido a su puesto de trabajo durante varios meses sin que la Administración tuviera formalmente constancia de su condición de liberado sindical. Se daba la circunstancia de que el Acuerdo de Concurrencia Electoral y de Colaboración Sindical suscrito entre los dos principales sindicatos de la Administración autonómica había previsto los cauces formales de comunicación con la Administración y que, precisamente en ejecución de dichos acuerdos, el sindicato al que pertenecía el funcionario sancionado no había comunicado dicha situación a la Administración por corresponderle dicha tarea al otro sindicato.

Esta circunstancia es tenida especialmente en cuenta por el Tribunal para considerar que la resolución sancionadora, si bien da por acreditada la inasistencia al puesto de trabajo, que es el elemento objetivo de la infracción, no lleva a cabo el análisis necesario de la razón última de esa inasistencia, esto es, de la posible concurrencia de una causa justificativa o de exculpación, como es la condición de liberado sindical.

## 6. DERECHOS ECONÓMICOS

### **A) Trienios: se deben pagar las diferencias reales que puedan existir como consecuencia de la reclasificación del funcionario en otro Grupo distinto**

La STSJ de Castilla y León de 8 de febrero de 2005, Ar. 62399, se ha pronunciado sobre las consecuencias retributivas de una reclasificación profesional del grupo E al D, declarando el derecho del funcionario recurrente al percibo de las cantidades pretendidas.

Se planteaba el problema de la incidencia que sobre la reclasificación de los funcionarios de la Escala de Conductores y de Taller del PMM iba a producir el art. 120 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, que reclasificaba a dichos funcionarios en el grupo D, previendo la entrada en vigor de dicha norma a partir del 1 de enero de 1997. El Tribunal llega a la conclusión de que la limitación que en cuanto a la valoración de los trienios se contiene en el mencionado artículo sólo ha de tenerse en cuenta para los trienios que se devenguen después del 1 de enero de 1997, aunque se hubieran perfeccionado con anterioridad a dicha fecha. “Los trienios devengados desde los cinco años anteriores a la fecha en que el recurrente presentó su reclamación en vía administrativa hasta el 1 de enero de 1997 no se sujetan a la norma limitativa del apartado 3 del citado art. 120, teniendo el recurrente derecho a que se le paguen las diferencias reales que pudiera existir en concepto de trienios, durante el período indicado, entre las percibidas por su clasificación en el Grupo E y las que hubiera percibido de estar clasificado en el Grupo D”.

La STSJ de Asturias de 15 de marzo de 2005, Ar. 89775, sin embargo, ha llegado a una solución distinta ante un problema similar. Se trataba de dilucidar si los trienios perfeccionados por el recurrente con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 12/1995, de 28 de diciembre, con empleo militar en la categoría de suboficial habían de ser valorados, y con ello, abonados, en el nuevo grupo de clasificación C establecido por su art 5. En este caso, la Sala desestima la pretensión del funcionario recurrente porque el propio párrafo 4 de dicho precepto estableció de forma clara y contundente que los trienios que se hubieran perfeccionado en las Escalas y Empleos citados, con anterioridad a la entrada en vigor de ese Real Decreto-Ley, se valorarían de acuerdo con el grupo de clasificación al que pertenecía el funcionario en el momento de su perfeccionamiento. Por tanto, los efectos de la reclasificación en materia de trienios se proyectarían únicamente respecto de los que se fueran perfeccionando a partir de la entrada en vigor de dicha norma.

**B) Complemento de productividad: posee un marcado carácter subjetivo que impide considerarlo como una retribución complementaria inherente a un puesto de trabajo**

La STSJ de Cataluña de 11 de febrero de 2005, Ar. 80496, se ha vuelto a pronunciar sobre la naturaleza jurídica del complemento de productividad para reiterar su carácter subjetivo y su absoluta dependencia del especial rendimiento personal del funcionario, así como de su actividad extraordinaria y de su interés.

La impugnación se produce ante la aminoración de las retribuciones del funcionario recurrente debido a la supresión del complemento de productividad en su nómina. La Sala estima el recurso del funcionario debido a la falta de motivación de la medida y sobre todo porque no había sido oída ni notificada la Junta de Personal, tal como dispone el artículo 9.4.c) de la Ley 9/1987, de 12 de junio.

La estimación del recurso, no obstante, no impide a la Sala pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica del complemento de productividad, lo que le permite reiterar que su va-

## X. Función Pública

loración debe realizarse en función de circunstancias objetivas relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo y la consecución de los resultados u objetivos asignados al mismo en el correspondiente programa, sin que, en ningún caso, las cuantías asignadas por complemento de productividad durante un período de tiempo originen derechos individuales respecto de las valoraciones o apreciaciones correspondientes a períodos sucesivos.

### **C) Gratificaciones por servicios extraordinarios: existe una obligación de pago de lo convenido aunque no exista crédito presupuestario en la Administración correspondiente**

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones acerca de la obligación que tiene una Administración de pagar a sus funcionarios las gratificaciones por servicios extraordinarios realizados fuera de la jornada semanal aunque no exista crédito presupuestario en el Ayuntamiento concernido. En concreto, y por citar tan sólo dos de ellas, las SSTS de 8 de febrero, Ar. 1898, y 8 de marzo de 2005, Ar. 2044, han desestimado los recursos de casación en interés de ley interpuestos por el Ayuntamiento de San Sebastián de la Gomera.

La Sentencia dictada por el Juzgado Contencioso-Administrativo el 8 de abril de 2003 había estimado la pretensión de los funcionarios recurrentes y había condenado al Ayuntamiento a pagar a sus policías locales los servicios extraordinarios realizados fuera de su jornada laboral semanal conforme a las condiciones de trabajo establecidas en el Acuerdo suscrito por el Ayuntamiento y su personal funcionario en el año 1999. El Ayuntamiento, no obstante, considera que dicha sentencia es gravemente dañosa para el interés general y errónea debido a una interpretación equivocada e incorrecta de la aplicación de las normas emanadas del Estado, al reconocer que no es razonable que una vez determinada la cuantía a la que ha de ascender el servicio extraordinario prestado pueda dejar de satisfacerse conforme a lo acordado, pues lo contrario constituiría un enriquecimiento injusto para la administración demandada, que recibe el servicio extra y no lo retribuye o lo retribuye de modo distinto a lo pactado.

Las STS hacen una recopilación de toda la jurisprudencia relativa a las relaciones entre los acuerdos funcionariales y la ley para declarar la ya inconcusa doctrina acerca de la primacía absoluta de la ley sobre los acuerdos funcionariales, la necesaria sujeción de éstos a la ley en virtud del principio de la jerarquía normativa y la necesidad de respetar en las retribuciones de los funcionarios los límites presupuestarios establecidos para cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Ahora bien, ello no le impide desestimar el recurso de casación por entender que “la sentencia recurrida se apoya en otra argumentación diferente a la que subyace en esa doctrina que se postula, y que aquí no ha sido especialmente combatida: la obligación de pago de lo convenido aunque no exista crédito presupuestario en el Ayuntamiento y no argumenta nada sobre la posibilidad genérica de los Ayuntamientos de apartarse de los límites que figuren en las leyes estatales de presupuestos, ni tampoco declara que el concreto pago que dispone a favor del demandante rebase ese límite y resulte procedente a pesar del exceso”.

**D) Complemento específico y de destino: debe ser el mismo para los funcionarios que realizan idénticas labores, con independencia del nivel que tengan asignado y del grupo al que pertenezcan**

La STS de 7 de febrero de 2005, Ar.1660, ha estimado el recurso de casación interpuesto por los funcionarios recurrentes y ha declarado su derecho a recibir las diferencias retributivas por el complemento específico, de destino y de productividad del nivel 20 que recibieron y los del nivel 22 que debieron de haber recibido durante el período al que se refieren las reclamaciones.

Los funcionarios recurrentes habían prestado sus servicios como Subinspectores de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria adscritos al Grupo B y con un nivel 20, sin embargo, durante varios años habían desempeñado las mismas funciones que los Subinspectores del grupo A y con nivel 22. La previsión en las normas reglamentarias de un sistema de trabajo en equipo bajo la dirección jerárquica de sus correspondientes jefes permitiría atribuir a los Subinspectores del grupo A tareas más complejas y, por tanto, de mayor dificultad que las asignadas a los otros. De este modo estaría justificada la diferencia retributiva.

El TS, no obstante, ha pasado a realizar una nueva valoración de la prueba que le ha llevado a la convicción de que no existen diferencias reales entre las funciones desempeñadas por los Subinspectores de ambos grupos. Eso supone que el catálogo de puestos de trabajo no ha sido correctamente aplicado y, en consecuencia, se ha infringido el principio de igualdad, lo que justifica la casación de la sentencia impugnada.

También sobre cuestiones similares se ha pronunciado la STSJ de Castilla y León de 29 de marzo de 2005, Ar. 89164, aunque en este caso ha desestimado las pretensiones del funcionario recurrente –técnico facultativo de medio ambiente– por entender que no había identidad en los contenidos funcionales de los dos puestos de trabajo comparados o cuando menos que los mismos requerían distinta preparación para los funcionarios que los sirven, siendo también el rango diferente. A pesar, pues, de que en las relaciones de puestos de trabajo el contenido funcional esencial es el mismo en los dos puestos de trabajo comparados, prestar asistencia técnica en materia de medio natural, existen elementos complementarios que impiden equiparar en características funcionales al puesto de referencia y al que ocupa el demandante-apelado. Si ello es así, estima la Sala que hay una justificación objetiva y razonable que explica el diferente tratamiento retributivo entre ambos funcionarios.

## **7. INCOMPATIBILIDADES**

**A) Las declaraciones de incompatibilidad entre el cargo de presidente del Tribunal Superior de Justicia y el desempeño de tareas docentes en la Universidad deben justificarse aduciendo razones y objetivos específicos**

La STS de 17 de enero de 2005, Sala Tercera, Ar. 205, reitera la doctrina sentada en sentencias anteriores (entre otras, SSTS de 31 de marzo de 2003, Sala Tercera, Ar. 2941, y de

## X. Función Pública

22 de octubre de 2004, Ar. 7691) conforme a la cual la actividad docente no está afectada por una incompatibilidad absoluta sino relativa, por lo que la declaración de incompatibilidad entre el cargo de Presidente del Tribunal Superior de Justicia y el desempeño de tareas docentes en la Universidad sólo está justificada cuando existan razones concretas que demuestren que la simultaneidad del ejercicio docente puede impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes judiciales o comprometer la imparcialidad o independencia del juez o magistrado afectado. Sin embargo, en la declaración de incompatibilidad del presente caso, así como en los anteriormente resueltos por el Tribunal Supremo, el Consejo General del Poder Judicial no ha descendido a este plano sino que se ha mantenido en el nivel de los argumentos genéricos e indeterminados, por lo que el Tribunal anula una vez más la declaración de incompatibilidad y reconoce el derecho del recurrente al desarrollo de la tarea docente.

### 8. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

#### A) Aplicación de la rehabilitación a funcionarios traspasados a las Administraciones autonómicas

La STSJ de Cataluña de 17 de diciembre de 2004, Ar. 116, se pronuncia sobre la aplicación de la institución de la rehabilitación regulada en el art. 37.3 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 a los funcionarios traspasados a las Administraciones autonómicas. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo había considerado que dada la ausencia de regulación de esta figura en la legislación autonómica sobre función pública no era susceptible de aplicación en el ámbito de la función pública autonómica. El TSJ no comparte este criterio pues considera que el art. 37.3 tiene un carácter básico, ya que tiene por objeto hacer efectivo el derecho al ejercicio de la función pública y a la permanencia en el cargo cuando desaparecen las circunstancias sobrevenidas que provocaron la extinción de la relación funcionarial. La rehabilitación excluye que la pérdida de la condición funcionarial y la extinción de la relación con la Administración tenga un carácter definitivo cuando por la naturaleza de la causa que dio lugar en su día a la extinción pueda producirse una reversión de la situación. Éste es el caso de la jubilación por incapacidad permanente, ya que los tratamientos médicos y los avances científicos pueden hacer posible una mejora de las condiciones del funcionario que le permita ejercer de nuevo las tareas que tenía encomendadas antes de la declaración de incapacidad. Por todo ello, según el TSJ, la regulación de la rehabilitación forma parte del estatuto básico de los funcionarios públicos, aunque el art. 37.3 no haya sido declarado básico de forma expresa en la legislación estatal, y en consecuencia, es plenamente aplicable a todos los funcionarios, tanto a los estatales como autonómicos, sean o no traspasados.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN  
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ  
BELÉN MARINA JALVO  
EVA DESDENTADO DAROCA



**XI. URBANISMO****Sumario:**

**1. Planeamiento urbanístico.** A) La aprobación provisional de un Programa de Actuación Integrada no es susceptible de recurso contencioso-administrativo, por tratarse de un acto de trámite. B) La Administración autonómica, al aprobar definitivamente el planeamiento, puede enmendar la opción municipal sobre la superficie de la parcela mínima. C) No puede entenderse aprobado por silencio administrativo un Plan Parcial contrario a Derecho que afecta al régimen del dominio público marítimo-terrestre. **2. Ejecución del Planeamiento.** A) Sistemas de Actuación: Compensación: naturaleza de la aprobación inicial de un Proyecto de Estatuto de Junta de Compensación. B) Sistemas de Actuación: Compensación: Estatuto y Bases de Actuación. **3. Protección de la legalidad urbanística.** A) Acción pública. B) Caducidad del procedimiento.

**1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO**

**A) La aprobación provisional de un Programa de Actuación Integrada no es susceptible de recurso contencioso-administrativo, por tratarse de un acto de trámite**

La STS de 1 de febrero de 2005, Ar. 1530, confirma la inadmisibilidad de un recurso contra la aprobación provisional de la alternativa técnica de un Programa de Actuación integrada para la urbanización de un Sector, rechazando que se trate de un acto definitivo susceptible de causar perjuicio a la entidad recurrente. Como es sabido, la doctrina consolidada de nuestro Alto Tribunal considera que la aprobación provisional de instrumentos de planeamiento no es susceptible de impugnación, por tratarse de un acto de trámite y estar supeditada su eficacia a la aprobación definitiva, momento que sí permite la impugnación de cualquiera de sus determinaciones:

“Tercero.- Mientras no recaiga la aprobación definitiva, se ignora el contenido y alcance de las determinaciones urbanísticas o si han quedado subsanados posibles defectos formales invalidantes, por lo que resulta lógico que, hasta entonces, no puedan impugnarse, y ello no produce indefensión alguna a la recurrente al estar legitimada para ejercer, una vez aprobadas definitivamente aquéllas, cualesquiera acciones, de que se crea asistida, contra ellas, razón por la que, como hemos indicado, ambos motivos de casación esgrimidos, deben ser desestimados.”

Recuerda la Sentencia que esta regla tiene, no obstante excepciones, como la suspensión del otorgamiento de licencias, entre las que no estaba la acción ejercitada por el recurrente.

**B) La Administración autonómica, al aprobar definitivamente el planeamiento, puede enmendar la opción municipal sobre la superficie de la parcela mínima**

El Ayuntamiento de Torrente, al aprobar provisionalmente el Plan General de Ordenación Urbana, mantuvo en 400 m<sup>2</sup> la superficie mínima de parcela que el Plan revisado establecía para una determinada urbanización. La aprobación definitiva por parte de la Generalidad Valenciana también. Sin embargo, al estimar el recurso de reposición deducido contra la misma, el Consejero establece finalmente que la superficie mínima de parcela sea la de 1.600 m<sup>2</sup> porque lo cierto era que en un ochenta y cinco por ciento de la misma las parcelas edificadas tenían una superficie superior a 1.600 m<sup>2</sup>, siendo muy pocas las parcelas no edificadas de superficie entre 400 y 1.600 m<sup>2</sup>, por lo que, de fijarse la parcela mínima en 400 m<sup>2</sup>, podría incrementarse en seiscientos viviendas más el área en cuestión, creándose problemas de infraestructura y servicios.

En la sentencia *a quo*, la Sala del TSJ de la Comunidad Valenciana consideró que con ello se había invadido una facultad discrecional del Ayuntamiento, que no afecta a intereses supralocales, y anuló dicho contenido del Plan.

En cambio, la STS de 16 de diciembre de 2004, Ar. 2005/813, entiende que ese argumento no es exacto:

“(…) por cuanto, aunque no afecte a intereses supralocales, el control ejercido por la Administración autonómica, al aprobar definitivamente el planeamiento, lo es de aquellos aspectos discrecionales de la potestad de planeamiento que, según la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de fechas 28 de enero, 9 y 21 de febrero de 1994, son susceptibles de control al verificar la realidad de los hechos, pues de éstos se deduce que la decisión adoptada en la aprobación provisional por el Ayuntamiento en Pleno no guarda coherencia lógica con tales hechos, por lo que se ha producido una incoherencia o desviación injustificada, que contraviene principios generales del derecho, informadores de todo el ordenamiento, y concretamente el de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, de manera que, aunque el carácter discrecional de un aspecto del planeamiento, en ausencia de intereses supralocales, excluye el control de oportunidad, sin embargo no queda excluido el de legalidad y más concretamente el que se desarrolla a la luz de los principios generales del derecho”.

En el caso concreto, y estando probados los datos antes referidos, la Sentencia estima que la Comunidad Autónoma ha ejercido correctamente su potestad de control de aspectos reglados en el planeamiento, sin conculcar el principio de autonomía municipal.

## XI. Urbanismo

### **C) No puede entenderse aprobado por silencio administrativo un Plan Parcial contrario a Derecho que afecta al régimen del dominio público marítimo-terrestre**

La Sala de Valencia estimó el recurso contencioso-administrativo, anuló los actos administrativos impugnados y declaró que la aprobación definitiva de un Plan Parcial de Torrevieja se produjo por silencio positivo, al haber transcurrido tres meses desde la entrada del expediente en el Servicio Territorial autonómico, debiendo reconocerlo así la Administración.

Una parecer del que disiente radicalmente la **STS de 26 de octubre de 2004**, Ar. 2005/13, y, en consecuencia, la revoca. Su conclusión es ésta:

“Así pues, el Plan que se envió para aprobación definitiva hacía caso omiso de la Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio, cuyos preceptos sobre dominio público marítimo terrestre infringía abiertamente, ya que de su artículo 12.5 se deduce que la incoación del expediente de deslinde, con el señalamiento de la línea provisional, impide el otorgamiento de concesiones y autorizaciones en el dominio público delimitado provisionalmente, y, con mucha más razón, habrá de entenderse que prohíbe la aprobación de Planes Urbanísticos que lo desconozcan. A estos designios obedecen los artículos 112.a) y 117.3 de la Ley de Costas 22/1988 y los artículos 205.1.a) y 210.3 y 5 de su Reglamento 1471/1989, de 1 de diciembre. El Plan de que se trata era, pues, disconforme a Derecho, y, en consecuencia, con independencia del transcurso de los plazos, no pudo ser aprobado por silencio administrativo, tal como disponen los artículos 62.1.f) y 43.2.b) de la Ley 30/1992, en su redacción originaria.”

## **2. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO**

### **A) Sistemas de Actuación: Compensación: naturaleza de la aprobación inicial de un Proyecto de Estatuto de Junta de Compensación**

En la **STS de 26 de octubre de 2004**, Ar. 6854, el TS tiene que dilucidar la naturaleza de la aprobación inicial de un Proyecto de Estatutos y Bases de Actuación de una Junta de Compensación, cuestión de trascendental importancia, aunque al principio pueda no parecerlo, si lo analizamos desde la posibilidad de que tal aprobación inicial sea considerada como un acto de trámite, y por tanto, no susceptible de recurso administrativo autónomo (con las excepciones legalmente establecidas –art. 107.1 Ley 30/1992). En el caso discutido ante el TS, se recurre un auto de inadmisión del tribunal de instancia, precisamente, porque dicho tribunal entendía que la aprobación inicial antes aludida era un acto de trámite no susceptible de recurso de recurso en vía contencioso-administrativa.

El TS indica que la naturaleza del mismo como acto de trámite es inequívoca, pues así se deduce de los arts. 161 y 162 del RGU de 1978, “en los que se prevé la aprobación inicial como un mero acto de iniciación de un procedimiento complejo que incluye una publicación en el BO de la provincia, una notificación individual a todos los propietarios

afectados, una información pública y un acto final de aprobación definitiva, que es el único acto que, como final y definitivo, puede ser impugnado” (FJ 3°).

Dado que esta aprobación inicial no se incluye en ninguno de los supuestos que el art. 107.1 de la Ley 30/1992 enumera como actos de trámites susceptibles de recurso administrativo autónomo, el TS indica que la oposición a tal acto de trámite sólo puede alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento, según el art. 107.1.2° de la ley antes indicada.

### **B) Sistemas de Actuación: Compensación: Estatuto y Bases de Actuación**

En la STS de 12 de noviembre de 2004, Ar. 333, el TS tiene que resolver un problema suscitado por la falta de publicación de los Estatutos y Bases de Actuación de una Junta de Compensación. A este respecto, el TS considera probada la falta de publicación de dichos Estatutos y Bases de Actuación, tanto en lo referido a su aprobación inicial, como en lo referente a su aprobación final, y que las ordenanzas reguladoras del Plan Parcial no fueron publicadas hasta once meses después de adoptado el último de los acuerdos impugnados y diez meses después de la incoación del procedimiento sustanciado en la instancia.

En otras palabras, el TS señala que no se publicó la aprobación inicial de dichos Estatutos y Bases, lo que resulta obligado según el art. 161.3 RGU de 1979, ni tampoco se publicaron posteriormente al recaer la aprobación definitiva, pero además, cuando recayó este acuerdo de aprobación definitiva, no se habían publicado las ordenanzas del Plan Parcial que sirven de cobertura a los anteriores, con lo que, al carecer de eficacia dicho Plan Parcial, también son ineficaces los acuerdos mencionados.

Dice el TS que “el defecto de publicación primero de las ordenanzas del Plan Parcial y la falta de publicidad después de los Estatutos y Bases de Actuación de la Junta de Compensación, priva a los actos impugnados de requisitos indispensables para alcanzar su fin y, por tanto, son anulables, aunque posteriormente se hayan publicado las primeras, pues la omisión de la publicación de tales Estatutos y Bases, tanto al ser aprobados inicial como definitivamente, sumió al recurrente en una incertidumbre justificadora de su errática conducta, (...)” (FJ 5°).

## **3. PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA**

### **A) Acción pública**

En la STS de 10 de noviembre de 2004, Ar. 7838, el Tribunal Supremo reitera su doctrina sentada en la Sentencia de 29 de noviembre de 1995 sobre los requisitos que ha de observar la parte que ejercita la acción pública en materia urbanística, criterios que no son en ningún caso los especificados por el recurrente en casación.

## XI. Urbanismo

Para la Alta instancia judicial:

“(…) el artículo 304.1 (...) tras afirmar ‘que será pública la acción’, no exige después ningún requisito de forma para su ejercicio, ni, más en concreto, la expresión por el accionante de que es ésta y no otra la acción que ejercita; esa atribución, expresada imperativamente y no seguida de la exigencia de ningún requisito de forma, ni de ninguna otra referida a las cualidades del accionante, elimina de raíz la necesidad de prestar atención al requisito procesal de la legitimación, para pedir, tan sólo, el de la capacidad de obrar procesal. Otra, porque el espíritu y finalidad de la norma es incentivar la defensa del régimen urbanístico, propiciando su observancia, lo que no abona la sujeción del ejercicio de la acción pública de que se trata a cortapisa, límite u obstáculo que no imponga la norma que la regula o que no deriva del resto del ordenamiento jurídico. Y, una tercera, porque la norma procesal común al tiempo de la interposición del recurso contencioso-administrativo ahora en grado de casación, constituida por al Ley de Enjuiciamiento Civil, exigía, al regular con carácter general los requisitos de la demanda, que en ésta se expresara la clase de acción que se ejercita ‘cuando por ella haya de determinarse la competencia’ (artículo 524, párrafo segundo), lo cual no hace al caso, pues el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo competente viene determinado por razón o por referencia al acto o disposición impugnados y no por la acción ejercitada, siendo aquél el mismo, por ende, tanto si se ejercita aquella acción pública, como si se ejercita la acción sustentada en el interés legítimo (...)” (FJ 2º).

### B) Caducidad del procedimiento

La STS de 15 de junio de 2004, Ar. 7632, se plantea si a un procedimiento iniciado por un órgano autonómico por el que se ordenaba la demolición de unas obras ilegalmente construidas le era de aplicación el art. 42 de la Ley 30/1992, sobre caducidad del procedimiento.

La conclusión a la que llega el Tribunal es a la inaplicación del precepto, puesto que el mismo sólo se refiere a los procedimientos iniciados a instancia de parte, que no es el caso sometido a su enjuiciamiento. El FJ 4º de la sentencia considera a este respecto que:

“El procedimiento que nos ocupa, ni en la Ley ni en norma alguna de desarrollo, tienen establecido un plazo máximo para la resolución, y con independencia de que resulte aconsejable salvar tal omisión, no es ello competencia de los Tribunales de Justicia.

Tema distinto es que resultara conveniente el establecimiento de un plazo máximo para resolver este tipo de procedimientos pero tal decisión tan sólo se ha producido por parte del legislador, con la aprobación de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de Modificación de la LRJ-PAC.”

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ  
CONSUELO ALONSO GARCÍA  
FRANCISCO DELGADO PIQUERAS  
RUBÉN SERRANO LOZANO  
ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS



**XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL****Sumario:**

**1. Consideración previa. 2. Bienes locales.** A) Normas reguladoras de los bienes locales. Primacía de la legislación sectorial frente a la general contenida en la legislación de régimen local. B) Desafectación de los bienes demaniales. Desafectación de bienes comunales: necesidad de desafectación antes de proceder a incluirlos en el proceso de concentración parcelaria. C) Enajenación de bienes. Requisitos para la permuta de bienes. D) Utilización de los bienes de dominio público. Las cláusulas de precario y la indemnización. **3. Aguas continentales.** A) Aguas privadas: inscripción en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal procedente; denegación de inscripción por falta de prueba. B) Infracciones: construcción en zona de servidumbre sin autorización. C) Planificación hidrológica: anulación de varios preceptos del PHC del Júcar. D) Sequía y sobreexplotación de acuíferos. **4. Aguas marítimas.** A) Las competencias estatales sobre mar territorial y autonómicas sobre pesca, marisqueo y acuicultura deben ser tenidas en cuenta en la valoración de la constitucionalidad de Leyes que declaren Parques Nacionales marítimo-terrestres. B) Deslinde. a) Declara demanio costero lo que por naturaleza, y con carácter permanente, es tal. b) Procedimiento: la incoación y la resolución de un procedimiento de deslinde condicionan la elaboración y el contenido del planeamiento municipal. c) Efectos del deslinde. a') Declara la posesión y la titularidad dominical estatal de los bienes calificados demaniales, por ser ésta una condición permanente. b') En ningún momento estos efectos tienen carácter confiscatorio. C) Limitaciones sobre propiedades colindantes: la extensión de la servidumbre de protección sobre suelo urbanizable programado depende de la existencia de Plan Parcial aprobado a la entrada en vigor de la Ley de Costas. D) Usos del demanio costero. a) Usos comunes especiales. a') Las licencias de instalaciones desmontables de temporada deben otorgarse anualmente por concurso. b') La autorización de la navegación en aguas interiores no marítimas compete a la Administración hidráulica. b) Uso privativo: la ocupación demanial por razones de utilidad pública requiere declaración previa al efecto por parte del Consejo de Ministros. E) Infracciones. a) La construcción no autorizada en de-

manio costero es una infracción administrativa permanente. b) La paralización cautelar, previa a la imposición de la sanción, de dichas obras ni sustituye a ésta ni conculca competencias municipales. F) Pesca y cultivos marinos. a) El cobro de ayudas por cese de la actividad pesquera requiere el cumplimiento, en tiempo y forma, de los requisitos establecidos al efecto. b) La Administración competente para otorgar concesiones de cultivos marinos es la autonómica. **5. Minas.** A) Aprovechamiento de recursos minerales: Sección B). B) Aprovechamiento de recursos minerales: Sección A). C) Aprovechamiento de recursos minerales: Sección C). **6. Montes: diversas cuestiones.** **7. Propiedades públicas. Régimen económico-financiero.** A) Aguas continentales. a) Canon de regulación y tarifas del agua: validez de los artículos 310 y 311 del Reglamento de Dominio Hidráulico de 1986. b) Canon de regulación y tarifas del agua: procedimiento de imposición. c) Canon de regulación y tarifas del agua: presupuestos materiales para su imposición. d) Canon de vertidos: legalidad de disposiciones reglamentarias. e) Canon de vertidos: determinación del volumen del vertido y del coeficiente de contaminación. f) Exacciones por suministro de agua para consumo. g) Cuantificación de las tasas municipales de alcantarillado. B) Aguas marítimas. a) Puertos: a vueltas con la reserva de ley.

## 1. CONSIDERACIÓN PREVIA

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia núm. 6885 a la 8224 del RA (cuadernillos 27 a 33) y la Constitucional desde la Sentencia 1/2005, de 17 de enero, hasta la 68/2005, de 31 de marzo.

## 2. BIENES LOCALES

### A) Normas reguladoras de los bienes locales. Primacía de la legislación sectorial frente a la general contenida en la legislación de régimen local

Los bienes de las Entidades locales se regulan con carácter general en la legislación de régimen local. Dicha normativa se aplica sin perjuicio de lo previsto en las leyes sectoriales y, en particular, lo previsto en la legislación urbanística. En el caso de que no se respete por la Entidad local lo establecido en esta legislación especial sus actuaciones pueden estar afectadas por un vicio de legalidad y, en su caso, anularse. Anulación que puede apreciarse en la STS de 10 de diciembre de 2004, Sala Tercera, Sección Primera, Ar. 34. En concreto, en ella se anula una permuta por ir en contra de la regulación contenida en la legislación urbanística.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

De forma similar se plantea la normativa aplicable en la STS de 21 de octubre de 2004 de la Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 7167. No obstante, en la citada Sentencia se estima que la adquisición de un determinado bien no se rige por la legislación urbanística, sino por la normativa de régimen local.

O también se plantea la aplicación de las previsiones sectoriales contenidas en la Ley del Sector Eléctrico de 1997 a las ocupaciones de los montes locales en la STS de 27 de octubre de 2004 de la Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 7609.

### **B) Desafectación de los bienes demaniales. Desafectación de bienes comunales: necesidad de desafectación antes de proceder a incluirlos en el proceso de concentración parcelaria**

Los bienes comunales pueden quedar afectados por los procesos de concentración parcelaria. Sin embargo, no siempre es necesaria su previa desafectación para su aportación a la concentración parcelaria. Así, en la **STS de 5 de octubre de 2004**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 7395, se afirma que si los bienes comunales se incorporan a la concentración a los efectos de que la misma pueda tener lugar, y si tras la concentración parcelaria los bienes comunales siguen siendo los mismos bienes comunales, no sería exigido la previa desafectación, en conformidad con la legislación foral que se cita en la Sentencia, al ser la desafectación un procedimiento previsto y autorizado para el cambio de destino o condición de los bienes comunales, y ciertamente no hay lugar al mismo cuando no se va a producir ese cambio de destino o de condición de los bienes comunales, que es lo que en el caso de autos ha acontecido.

### **C) Enajenación de bienes. Requisitos para la permuta de bienes**

Para que sea procedente la permuta, la misma debe ser necesaria para los intereses públicos. Exigencia de la concurrencia de necesidad, cuyo alcance se analiza en la **STS de 10 de diciembre de 2004**, Sala Tercera, Sección Primera, Ar. 34.

En relación con el requisito de la necesidad en la Sentencia citada se afirma que en el caso concreto no puede sostenerse que la permuta no fuera necesaria, en el sentido de que celebrar un negocio jurídico de este tipo no fuese conveniente para conseguir la finalidad pública de adquisición de la parcela y destino de la misma a la construcción de un campo de fútbol. Afirmación a la que llega teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita.

En particular, para justificar la decisión se dice que la doctrina de esta Sala sobre la materia tiene su origen en la Sentencia de 1 de julio de 1988 que, remitiéndose a declaraciones de la jurisprudencia civil, establece que a estos efectos, “por necesario ha de entenderse no lo forzoso, obligado o impuesto por causas ineludibles, sino lo opuesto a lo superfluo y en grado superior a lo conveniente para conseguir un fin útil al interés público”. A esta doctrina se atiene rigurosamente nuestra Sentencia de 18 de octubre de 1990. Otras resoluciones judiciales posteriores mantienen soluciones distintas, según las circunstancias de los casos de autos. Así, la Sentencia de 31 de enero de 2000 no considera acreditada la necesidad de la permuta, pues aunque en el caso de autos existía un informe sobre la

conveniencia de la adquisición para dedicar un local a instalación deportiva, faltaron los informes y consideraciones técnicos, económicos y jurídicos que justificasen la necesidad de emplear la permuta. Una Sentencia posterior, la de 24 de abril de 2001, declara que deben precisarse la concretas razones que hagan aparecer la permuta, no ya como conveniencia sino como una necesidad, expresándose la causas por la que tales bienes han de ser adquiridos por permuta y no por otros medios. Por el contrario, la Sentencia de 16 de julio de 2001 declara que la conveniencia se desprende de que la parcela de propiedad municipal no es de utilidad para el uso o servicio público, por lo que era conveniente realizar la enajenación mediante permuta. Por último, la Sentencia de 2 de julio de 2002 declara que en aquel supuesto no faltaban las consideraciones técnicas, económicas y jurídicas que justificaban la necesidad de la permuta y la Sentencia de 8 de mayo de 2003 se remite directamente a la doctrina de la ya citada de 1 de julio de 1998.

#### **D) Utilización de los bienes de dominio público. Las cláusulas de precario y la indemnización**

Resumiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la **STS de 21 de octubre de 2004**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 7169, se admiten el otorgamiento de concesiones y autorizaciones con cláusulas de precario y la procedencia de indemnización en ciertos supuestos.

En concreto, en la citada Sentencia se dice que esta Sala ha declarado con reiteración (Sentencias de 7 de mayo de 1999, 11 de diciembre de 2000, 11 de mayo de 2001 y 25 de julio de 2001), a propósito de supuestos referentes a concesiones en precario de terrenos de dominio público y, con más evidencia, cuando la ocupación del demanio se ha producido en virtud de una autorización en precario, que la Administración puede declarar resuelta la concesión o autorización, aunque no se hubiesen incumplido las condiciones, siempre que se justifique que dicha resolución obedece a exigencia del interés público.

Sin embargo, esta Sala ha declarado también, frente a las pretensiones de la parte recurrente (Sentencias de 29 de octubre de 1979, 23 de abril de 1980, 29 de septiembre de 1980, 4 de noviembre de 1997, 18 de diciembre de 1997, 13 de marzo de 2001 y 12 de julio de 2001), que las cláusulas de precario en las concesiones —que no garantizan la absoluta inmunidad de la Administración para eliminar la situación jurídica sobre la que se hace gravitar el precario administrativo—, llevan consigo la necesidad de distinguir entre una precariedad de primer grado que lleva aparejada indemnización y otra de segundo grado que no comporta resarcimiento, y que la distinción entre una y otra depende de las circunstancias de estabilidad o interinidad del uso y de las condiciones de oportunidad y alteración de la causa originaria de esa situación jurídica de uso que acompañan a la acción revocatoria, siempre enjuiciable en conexión con la teoría general del negocio jurídico.

En definitiva, como señala en el mismo sentido la Sentencia de 18 de diciembre de 1997, la entrada en juego de la cláusula de precario no elimina por sí misma la obligación administrativa de indemnizar. Los rasgos fundamentales del actuar administrativo no per-

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

miten la asimilación del precario administrativo con la mera tolerancia del Derecho civil (Sentencia de 11 de octubre de 1968). No se produce exención del deber de indemnizar en el caso de que la Administración quiera poner fin a la situación creada al amparo de la cláusula de precario, pues esto sólo se admitiría en una precariedad de segundo grado, pero no en una precariedad de primer grado con carácter permanente y duradero, lejos de la provisionalidad y transitoriedad más propia de la precariedad de segundo grado (Sentencias de 23 de diciembre de 1971, 8 de marzo de 1972, 22 de abril de 1977 y 14 de noviembre de 1984).

### 3. AGUAS CONTINENTALES

#### **A) Aguas privadas: inscripción en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal procedente; denegación de inscripción por falta de prueba**

Se revoca la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha objeto de impugnación por la STS de 20 de octubre de 2004, Ar. 7156, ya que aquélla entendió válida la denegación recaída en 1994 procedente de la CH del Guadiana sobre inscripción en el Registro de Aguas del aprovechamiento de un pozo que había sido solicitada en 1989 por un particular, con base en la opción que ofrecía la Disposición Transitoria Tercera de la Lag. de 1985. Es cierto que de la fotografía tomada por satélite de la finca en 1992 (fecha del acta de comprobación) no se deducía que existiesen tierras cultivadas en 1985 (momento anterior a la entrada en vigor de la Lag., lo cual es requisito para entender que existiesen derechos amparados por la legislación anterior), pero también lo es que ha podido darse una confusión, y lo fotografiado no fuese la finca controvertida. Además, la Administración hidráulica inició la comprobación con más de tres años de retraso con respecto a la solicitud de la parte interesada. A ello hay que sumar que sí existe una prueba de que hubiese una superficie regada en esa parcela (en concreto de 34 hectáreas), pues consta que el Ministerio de Agricultura inició en 1984 un expediente sancionador por riego de vid, por lo que la inscripción ahora discutida ha de practicarse.

A una conclusión totalmente distinta llega la STS de 11 de noviembre de 2004, Ar. 8093, cuando al hilo de resolver el caso controvertido en esta ocasión, indica que para que quepa la inscripción a que se refería la Disposición Transitoria Tercera de la Lag. de 1985, es preciso que se cumpliesen varios requisitos: el derecho a la utilización del recurso; la no afección a otros aprovechamientos legales preexistentes; prueba de los caudales realmente utilizados y del régimen de explotación. Es cierto que el recurrente aportó documento acreditativo de la propiedad de un pozo ubicado en determinada parcela, pero del expediente no resultó probado que existiesen cultivos o aprovechamiento alguno en la finca a la fecha de entrada en vigor de la Lag. de 1985 como exige la normativa aplicable a tal efecto.

#### **B) Infracciones: construcción en zona de servidumbre sin autorización**

Según el artículo 108.d) de la Lag. de 1985 [posterior artículo 116.d) del TR de Lag. de 2001] se considera infracción la ejecución de obras en cauces públicos o en zonas

sujetas a limitaciones sin contar con autorización administrativa. En la **STS de 23 de noviembre de 2004**, Ar. 7848, se considera acertada la multa de 500.000 pesetas impuesta a una constructora, junto con la obligación de restituir la margen izquierda del arroyo Benagalbón a su estado primitivo al menos en la zona de 5 metros contiguos al muro en el puente, pues la construcción llevada a cabo por la mencionada empresa invadió la zona de servidumbre sin la autorización oportuna de la Administración hidráulica (CH del Sur), lo que infringe los artículos 6 y 7.2 del RDPH de 1986.

### **C) Planificación hidrológica: anulación de varios preceptos del PHC del Júcar**

Si se recuerda lo sentado por las SSTC 227/1988, de 29 de noviembre, y 161/1996, de 17 de octubre, la unidad de cuenca hidrográfica como criterio principal de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de gestión de aguas que se recoge por la Lag. de 1985 (posterior TR de Lag. de 2001) resulta válido porque facilita la explotación racional y global del recurso hídrico. La importante **STS de 20 de octubre de 2004**, Ar. 8004, da un paso más en la clarificación de la problemática existente en este ámbito, y procede a la anulación de varios preceptos del PHC del Júcar, en concreto de los artículos 1, 20 a 23, 24 (en parte), y 25 a 28, dándose la razón a la entidad recurrente (Fundación para el progreso de Albacete).

Se entiende por el TS que existiendo aguas intracomunitarias en la Comunidad Valenciana y en la de Castilla-La Mancha, deben ser estas Comunidades Autónomas las competentes para elaborar el correspondiente PHC, independientemente de que la aprobación final corresponda al Gobierno de la Nación. Así pues, la Orden de 13 de agosto de 1999 que publica el contenido del PHC del Júcar no puede hacer alusiones a las cuencas intracomunitarias aludidas (ya que de lo contrario el Estado incurre en extralimitación competencial), lo que se extiende con base en el artículo 27.2 LJ de 1998 (cuestión de ilegalidad) al RD 1664/1998, de 24 de julio, respecto de esas mismas menciones (este RD aprueba el PHC intercomunitario del Júcar —entre otros—). No obstante, añade el TS que el artículo 2.7 del RD 650/1987, de 8 de mayo, que define el ámbito territorial de dicho Plan Hidrológico, es conforme a derecho si se interpreta en el sentido de que no incluye a las aguas intracomunitarias referidas, abarcando sólo a las 5 cuencas intercomunitarias existentes: del río Cenia, del río Mijares, del río Turia, del río Júcar, y del río Vinalopó.

La consecuencia más relevante de esta decisión jurisprudencial es que al ponerse de manifiesto que las CCAA Valenciana y de Castilla-La Mancha poseen cuencas intracomunitarias y que por ello deben poder elaborar el Plan Hidrológico correspondiente, también se está reconociendo implícitamente lo más importante y es que pueden gestionar sus aguas intracomunitarias, sin supervisión de la CH del Júcar (órgano estatal). Así pues, estamos ante una Sentencia que por su trascendencia puede generar un interesante debate doctrinal.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

### D) Sequía y sobreexplotación de acuíferos

Siguiendo jurisprudencia anterior [así, STS de 14 de junio de 2003 –crónica XII.3.E) del núm. 24 de esta Revista–], la **STS de 25 de octubre de 2004**, Ar. 6851, llega a la conclusión de que no es aplicable al supuesto que se discute el artículo 53.2 de la Lag. de 1985 (posterior artículo 55.2 del TR de Lag. de 2001) que prevé que cuando el Organismo de cuenca limite temporalmente el uso del dominio público hidráulico a favor de una gestión racional, los beneficiados por la modificación de caudales deben indemnizar a los perjudicados por ésta, ya que la medida controvertida (un Acuerdo de 1995) se apoyó en el artículo 56 de la Lag. de 1985 que se refiere a sequías extraordinarias (fuerza mayor), y en el RD de 22 de mayo de 1992 que concretó las medidas especiales aplicables a la cuenca del Guadalquivir, pudiéndose considerar conforme a derecho la denegación administrativa de la indemnización que había sido solicitada por la Comunidad de Regantes ahora recurrente.

Por otra parte, hay que recordar que en virtud de la Disposición Transitoria Tercera.4 de la Lag., a los aprovechamientos de aguas privadas (optasen o no por la posibilidad contemplada en dicha Disposición Transitoria Tercera), puede aplicárseles las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad, y en general las relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico. Es objeto de interpretación este precepto en la **STS de 21 de octubre de 2004**, Ar. 6578, y como ya se manifestó en otras Sentencias de los últimos años [por ejemplo, en la STS de 18 de marzo de 1999 –crónica XII.3.I del núm. 6 de Justicia Administrativa– o STS de 30 de junio de 2004 –crónica XII.3.H) del núm. 27 de esta Revista–], no cabe entender que con el RD 393/1988, de 22 de abril, que declaró la sobreexplotación del acuífero 24 del Campo de Montiel, y con las resoluciones de la DGOH que le siguieron con prohibiciones de riego para los años 1989 a 1992, entre otros, se esté ante una privación singular indemnizable, sino ante una medida temporal de carácter general adoptada para afrontar una situación de fuerza mayor, aunque afecte a aprovechamientos de aguas privadas. En similar sentido se encuentran las **SSTS de 5 y 19 de noviembre de 2004**, Ar. 7052 y 6911, respectivamente.

### 4. AGUAS MARÍTIMAS

#### A) Las competencias estatales sobre mar territorial y autonómicas sobre pesca, marisqueo y acuicultura deben ser tenidas en cuenta en la valoración de la constitucionalidad de Leyes que declaren Parques Nacionales marítimo-terrestres

Las sucesivas SSTC 35 y 36/2005, de 17 de febrero (BOE 69, de 22 de marzo) han venido a resolver sendos recursos de inconstitucionalidad promovidos en su momento por la Junta de Andalucía y el Gobierno de Aragón contra la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/2002, de 1 de julio, por la que se declara el Parque Nacional marítimo-terrestre de las Islas Atlánticas de Galicia. La razón que fundamentaba estos recursos se encontraba en la nueva redacción que aquella Disposición daba a los artículos 19.3, 23.5.c), 23 bis.6.c) y 23 ter.3 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios

Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres y que, a juicio de los recurrentes, incurría en una vulneración de las competencias autonómicas en materia de medio ambiente y de espacios naturales protegidos.

Lo cierto es que el cuerpo propiamente dicho de las Sentencias no se refiere en ningún momento a la que es materia específica de esta sección de las crónicas jurisprudenciales, esto es, al demanio marítimo-terrestre. De hecho, el Tribunal Constitucional se centra allí en analizar los títulos competenciales ambientales que esgrimen tanto el Estado como las Comunidades Autónomas, y en determinar si la norma impugnada supone invasión estatal de las atribuciones autonómicas (como, por cierto, entiendo que sucede, declarando la inconstitucionalidad parcial de los preceptos recurridos). Es, sin embargo, en los votos particulares que a ambas formula el Magistrado Rodríguez-Zapata en los que se traen a colación las competencias estatales y autonómicas vinculadas al dominio público costero, así como la necesaria consideración que a las mismas debería tenerse cuando se enjuicia la constitucionalidad de una Ley referida a un Parque Nacional marítimo-terrestre. En el parecer de este Magistrado, la especialidad indicada debe llevar a interrogarse sobre si este tipo de Parques (dentro de los que se encuentra también el Archipiélago de Cabrera) pueden subsumirse entre los parques intracomunitarios y supracomunitarios sobre los que habitualmente se razona en orden a determinar las competencias que detentan sobre ellos los distintos niveles públicos –cuestión que, a su juicio, debería tener respuesta negativa–, afirmando concretamente que:

“el Parque Nacional marítimo-terrestre de las Islas Atlánticas podía constituir un tercer supuesto de Parque Nacional, en la medida en que extiende sobre el mar territorial, que es competencia del Estado. (...) el espacio físico que comprende el Parque Nacional marítimo-terrestre que nos ocupa incluye no sólo el espacio terrestre de las islas, sino también el espacio marítimo, aguas interiores y mar territorial que rodea dichas islas, por cuya razón van a confluír Estado y Comunidad Autónoma gallega en el ejercicio de competencias en materia de medio ambiente y espacios naturales protegidos, así como en materia de pesca, marisqueo y acuicultura. El Parque Nacional de las Islas Atlánticas de Galicia se extiende, pues, sobre el territorio de la Comunidad Autónoma, las aguas interiores, y también el mar territorial. Habría que estar, entonces, a la doctrina que sentamos en la STC 38/2002, de 14 de febrero, en el aspecto que se refiere al mar territorial como límite de la competencia autonómica. A la vista de estos datos me parece evidente que la inconstitucionalidad del régimen de cogestión Estado-Comunidad Autónoma declarado en el STC 194/2004 se refiere a casos distintos al de las Islas Atlánticas de Galicia y que nuestra doctrina debería ser modulada para casos como éste de parques que afecten al mar territorial”.

## B) Deslinde

### a) Declara demanio costero lo que por naturaleza, y con carácter permanente, es tal

Nuevamente en estas crónicas de jurisprudencia sobre dominio público marítimo-terrestre hay que dejar constancia de la aparición de un número significativo de pronuncia-

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

mientos que insisten en el fin primordial de la potestad de deslinde: la determinación de los límites de aquél y la consecuente inclusión en la categoría de todo aquello que, por naturaleza y por reconocimiento normativo, es tal.

Es el caso de las playas, que integran el demanio costero ex artículo 3.1.b) de la Ley de Costas (STS de 9 de junio de 2004, Ar. 7631). Y de la zona marítimo-terrestre [artículo 3.1.a) de la Ley de Costas], dentro de la que se incluyen los terrenos naturalmente inundables, sin que la evitación artificial de la penetración de las aguas les prive, por supuesto, de tal carácter (SSTS de 24 de febrero y 18 de octubre de 2004, Ar. 8156, FFJJ 4º y 5º, y 7421, FJ 3º). Y también de las dunas, litorales o arenosas, fósiles o en movimiento, de origen natural o artificial, sustantivadas demaniales por el mismo precepto (SSTS de 9 de junio, 3 (dos) y 12 de noviembre de 2004, Ar. 6465, 7630, 524 de 2005 y 526 de 2005, respectivamente).

### **b) Procedimiento: la incoación y la resolución de un procedimiento de deslinde condicionan la elaboración y el contenido del planeamiento municipal**

A tenor de lo dispuesto en el artículo 12.5 de la vigente Ley de Costas, debe convenirse que la incoación de un procedimiento de deslinde, con señalamiento de la línea demanial provisional, impide el otorgamiento de concesiones y autorizaciones en el dominio público costero delimitado provisionalmente. Y con mucha más razón, habrá que entenderse que prohíbe la aprobación de Planes urbanísticos que desoigan tal delimitación pese a ser conocida por las autoridades municipales, informadas al efecto por la Administración costera. Si a esto se suma que el Plan en litigio no obtuvo el preceptivo informe de esta última, exigido por los artículos 112 y 117 de la Ley de Costas, no puede sino concluirse en la nulidad del mismo, tal y como determina la STS de 26 de octubre de 2004, Ar. 13 de 2005.

Por supuesto, una vez finalizado el procedimiento de deslinde, los correspondientes instrumentos planificadores municipales deben ser objeto de la pertinente revisión con el fin de adaptar sus previsiones a la realidad física de la que da oportuno reflejo jurídico la resolución de aquél. Así lo recuerda la STS de 19 de octubre de 2004, Ar. 7421, FJ 3º.

### **c) Efectos del deslinde**

#### **a') Declara la posesión y la titularidad dominical estatal de los bienes calificados demaniales, por ser ésta una condición permanente**

Es cuestión suficientemente conocida cómo la vigente Ley de Costas otorga al deslinde del demanio marítimo efectos declarativos de la posesión y la titularidad dominical del Estado de todos los bienes calificados a su consecuencia de tal modo. Por esta razón, los particulares que pudieran tener inscritas a su favor en el Registro propiedades ahora declaradas demaniales por mor de aquél, deberán acogerse a las determinaciones fijadas por la Disposición Transitoria Primera de esa misma norma: solicitud de conversión de su titularidad en una concesión de aprovechamiento privativo de aquéllos. Y ello aunque se trate de un deslinde realizado en su momento al amparo de la precedente

Ley de Costas de 1969, conforme a la cual el Estado debía de culminar sus efectos (directamente posesorios y habilitadores del ejercicio de acciones judiciales de propiedad) con el ejercicio de una acción reivindicatoria de los mismos. A uno de estos supuestos se refiere la **STS de 19 de octubre de 2004**, Ar. 6841, en la que el recurrente alega que un inejercicio administrativo en este sentido le hizo considerar la permanencia a su favor de la propiedad de los bienes demaniales; argumento que en ningún caso puede aceptarse, dado el carácter permanente de la demanialidad y la consiguiente imposibilidad de ostentar titularidades privadas sobre bienes de tal naturaleza. Por este motivo, la indemnización solicitada por los recurrentes resulta improcedente: no hay perjuicio derivado de un daño antijurídico.

**b') En ningún momento estos efectos tienen carácter confiscatorio**

Como nuevamente recuerda el FJ 7º de la **STS de 24 de febrero de 2004**, Ar. 8156 –trayendo a colación una consolidada jurisprudencia constitucional muchas veces reiterada en estas crónicas–, aquella determinación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Costas en torno a la conversión de eventuales titularidades privadas sobre el demanio marítimo en concesiones de aprovechamiento privativo del mismo no ampara confiscaciones ilegítimas del derecho de propiedad reconocido en el artículo 33 de la CE, siendo, además, compensación suficiente por la pérdida de aquéllas.

**C) Limitaciones sobre propiedades colindantes: la extensión de la servidumbre de protección sobre suelo urbanizable programado depende de la existencia de Plan Parcial aprobado a la entrada en vigor de la Ley de Costas**

De nuevo ha procedido la jurisprudencia del Tribunal Supremo a interpretar la Disposición Transitoria Tercera.2.a) de la vigente Ley de Costas. Y en lo que es ya una línea de argumentación asentada, expuesta precedentemente en esta Revista, ha vuelto a insistir (**SSTS de 24 de febrero y 6 de julio de 2004**, Ar. 8156, FJ 8º y 7750, FFJJ 4º y 6º) en la supeditación de la extensión genérica de la servidumbre de protección (100 metros) a la aprobación definitiva por parte de las Administraciones urbanísticas competentes de un Plan Parcial. Como en los supuestos enjuiciados no existían tales Planes a la entrada en vigor de la Ley, la extensión de dicha servidumbre es la indicada, sin que quepa su reducción a los 20 metros que autoriza la Disposición Transitoria Octava del Reglamento de Costas de 1989 en caso contrario. Esta reducción –se repite: improcedente en estos casos– se justificaría, hay que saberlo, en la indemnizabilidad de los aprovechamientos urbanísticos que pudieran estar atribuidos por aquel instrumento de planeamiento al suelo afectado por la servidumbre, y que hay que evitar en lo posible, lo que se hace procurando que la anchura de la zona de protección sea la máxima posible dentro del respeto al aprovechamiento urbanístico, sin que en ningún caso pueda ser inferior a los 20 metros establecidos en la legislación costera.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

### D) Usos del demanio costero

#### a) Usos comunes especiales

a') Las licencias de instalaciones desmontables de temporada deben otorgarse anualmente por concurso

Para que los Ayuntamientos lleven a cabo la explotación de los servicios de temporada en las playas, tal y como establece el artículo 115 de la Ley de Costas, deberán obtener la correspondiente autorización por parte de la Administración costera. Una vez obtenida tal autorización, podrán, por su parte, otorgar licencias a los interesados en la prestación efectiva de servicios concretos. Pero, como recuerda la **STS de 29 de septiembre de 2004**, Ar. 6531, tal otorgamiento siempre habrá de adecuarse a los mandatos generales de la Ley de Costas, sin que quepa excusar su cumplimiento alegando aplicación preferente de preceptos de la legislación local. Así, tales licencias, ex artículos 52.4 y 75.1 de la Ley de Costas, tendrán una vigencia máxima anual, siendo el concurso, y no la subasta, el procedimiento a seguir para su dación.

b') La autorización de la navegación en aguas interiores no marítimas compete a la Administración hidráulica

Tal y como razona con minuciosidad la **STS de 3 de noviembre de 2004**, Ar. 7787, el orden constitucional de distribución de competencias (artículos 148.1.10 y 149.1.22 CE) no deja lugar a dudas acerca de la Administración a la que compete autorizar la navegación de los buques que operen en aguas interiores no marítimas: la hidráulica. Más cuando los propios ordenamientos de las aguas continentales y de costas evidencian los límites operativos en relación con cada sector demanial. Así, la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante excluía expresamente la intervención de la Administración costera en relación con las que, en su artículo 7, denomina aguas interiores, entendiéndose por tales las situadas en el interior de las líneas de base del mar territorial, incluidos ríos, lagos y aguas continentales. Por su parte, la anterior Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas y el Reglamento del Dominio Público Hidráulico que la desarrolla establecen que las autorizaciones para utilizar con fines de navegación las aguas de las corrientes naturales, de los lagos y lagunas y de los embalses serán otorgadas por el Organismo de cuenca correspondiente. Es meridiana, por tanto, la correcta interpretación al efecto.

**b) Uso privativo: la ocupación demanial por razones de utilidad pública requiere declaración previa al efecto por parte del Consejo de Ministros**

La **STS de 22 de octubre de 2004**, Ar. 7423, se pronuncia sobre la procedencia de la denegación por parte del Consejo de Ministros de una concesión para ocupar terrenos de dominio público marítimo-terrestre con el fin de construir una vía interurbana. La Administración estatal no aprecia en este caso la excepcional utilidad pública alegada por el Ayuntamiento solicitante, considerando por el contrario que la realización del vial en

esa zona concreta, además de no ser necesaria, perjudicaría seriamente la integridad de las marismas allí situadas. Por este motivo, no emite declaración de utilidad pública y, consecuentemente, deniega el título concesional requerido.

## E) Infracciones

### a) La construcción no autorizada en demanio costero es una infracción administrativa permanente

La realización de construcciones no autorizadas en zona de dominio público marítimo-terrestre es considerada una infracción administrativa grave. Y ello en cualquier momento, porque la demanialidad es permanente, si bien aun más claramente a partir de la aprobación de la Constitución de 1978. Esta norma, como vínculo inescindible a aquella consideración de tales bienes que ella misma proclama en el artículo 132, prohíbe el mantenimiento sobre ellos de enclaves privados, sin que su admisión transitoria, con las limitaciones de uso inherentes al demanio, pueda entenderse en ningún caso privación del derecho de propiedad. Por esta razón, no procede exigir responsabilidad patrimonial a la Administración costera, puesto que en ningún momento se ha producido daño anti-jurídico (STS de 18 de octubre de 2004, Ar. 6837).

### b) La paralización cautelar, previa a la imposición de la sanción, de dichas obras ni sustituye a ésta ni conculca competencias municipales

No obstante, tanto esta misma STS como la STS de 11 de noviembre de 2004, Ar. 8094, recuerdan que, antes de imponer la sanción que proceda por la comisión de aquella infracción, puede decidirse por parte de la Administración costera la paralización de las obras como medida cautelar, y ello en tanto se comprueba la ilegalidad efectiva de las mismas, determinada en principio sólo en apariencia. En ningún momento esta suspensión supone en sí misma la sanción, cuya imposición definitiva se supedita a la condición de fondo de que se trate, efectivamente, de una obra ilegal. Como tampoco conlleva vulneración alguna de competencias locales en el caso de que esas obras que en principio se reputan ilegales hubieran obtenido licencia municipal. Es ya sabido que sobre un mismo espacio físico concurren competencias que tienen distinto objeto jurídico y, por ende, corresponden a distintas Administraciones públicas. Por eso, la licencia municipal de obras no elimina la eventual necesidad de otros títulos a otorgar por una Administración distinta –caso, si procediera, de la concesión por parte de la Administración costera–, siendo *per se* insuficiente para habilitar la realización efectiva de tales obras. Y, a *contrario sensu*, la paralización por esta última de obras no autorizadas pero con licencia municipal no supone asunción, injerencia, desconocimiento o conculcación de la competencia local.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

### F) Pesca y cultivos marinos

#### a) El cobro de ayudas por cese de la actividad pesquera requiere el cumplimiento, en tiempo y forma, de los requisitos establecidos al efecto

En el marco de la política de pesca común se ha previsto la posibilidad de otorgar, con cargo a fondos comunitarios, subvenciones para el cese de la actividad pesquera. El acceso a estas ayudas no es automático, sino que requiere el cumplimiento de una serie de requisitos, singularmente la acreditación del cese efectivo de dicha actividad mediante la presentación del certificado de desguace del buque, del documento de despacho aduanero en caso de exportación de la nave, o de la baja en el censo de buques de pesca. Igualmente es requerida la existencia de disponibilidades presupuestarias al efecto, sin que el agotamiento de las consignaciones fijadas inicialmente obligue a un incremento de este crédito mediante transferencias u otros instrumentos de modificación presupuestaria. Por fin, es preciso que una posible inacción de la Administración encargada de otorgar la subvención se denuncie en plazo, so pena de prescripción de la acción. Pues bien, en los supuestos enjuiciados por las SSTS de 24 de noviembre y 16 de diciembre de 2004, Ar. 8108 y 54 de 2005, parte o todas estas obligaciones no se cumplimentan; razón que determina la desestimación de las pretensiones económicas de los recurrentes que, además, ven rechazadas sus alegaciones acerca de hipotéticas vulneraciones del principio de confianza legítima consagrado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y de los principios de buena fe y seguridad jurídica.

#### b) La Administración competente para otorgar concesiones de cultivos marinos es la autonómica

El establecimiento de viveros flotantes para el cultivo del mejillón supone un uso privativo del demanio marítimo y, como tal, requiere concesión administrativa por parte de la Administración competente en la materia. Esta Administración no es otra que la autonómica (artículos 149.1.19 y 148.1.11 CE, y respectivas concreciones estatutarias), sin que, como afirma una consolidada jurisprudencia constitucional reiteradamente aludida en estas crónicas, la titularidad estatal del dominio público marítimo-terrestre suponga per se un criterio de delimitación competencial que impida la participación de cualquier otro nivel público. Esta doctrina se reitera en la STS de 27 de octubre de 2004, Ar. 7041, expresándose también la inclusión, dentro de tal competencia autonómica, de la facultad para modificar unilateralmente las condiciones concesionales con el fin de adecuarlas al interés general al que está destinado aquel demanio, sin que esto deba reputarse expropiación indemnizable.

## 5. MINAS

### A) Aprovechamiento de recursos minerales: Sección B)

Sobre esta materia, debemos mencionar, en primer lugar, la STS de 27 de septiembre de 2004, Ar. 5972, en relación con recursos de la Sección B) de la Ley de Minas de 1973,

que confirma la Sentencia de 2001 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que declaró que era conforme a Derecho una resolución de la Generalitat catalana de 1993, que accedió a la solicitud de una empresa de levantamiento de la paralización antes acordada en relación con la legalización de un pozo que supuestamente afectaba a aguas minerales situadas en la finca contigua (aguas potables de manantial, clasificadas en 1990).

El TS considera que no se vulneran los derechos reconocidos en el artículo 28 de la Ley de Minas de 1973 a los titulares de los aprovechamientos de aguas minerales, dentro del perímetro de protección del manantial.

### **B) Aprovechamiento de recursos minerales: Sección A)**

En segundo lugar, sobre aprovechamientos de la Sección A) de la Ley de Minas destacan tres Sentencias. La primera, la **STS de 5 de octubre de 2004**, Ar. 6546, confirma el criterio del TSJ de Andalucía y considera adecuadas a Derecho varias Resoluciones del Gobierno autonómico de concesión de varias canteras, habiéndose tramitado en uno de estos expedientes un procedimiento de revisión de oficio, para reducir la superficie de explotación de una de las canteras. En este último caso, no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 28 del Reglamento de la Ley de Minas.

Y, los otros dos pronunciamientos jurisprudenciales relativos a la Sección A) son la **STS de 30 de noviembre de 2004**, Ar. 8197, que casa la Sentencia del TSJ canario de 2001 y confirma la Resolución del Gobierno autonómico de 1996, que denegó la autorización para la explotación de una cantera de arenas calcáreas, al considerar que la extracción de áridos prevista era contraria al Plan Insular de Ordenación de la Isla de Gran Canaria (artículos 92 y 93) y, además, a los artículos 92.g) y 11.2.b) de la Ley autonómica 5/1987, de Ordenación Urbanística del Suelo Rústico, e, igualmente, la **STS de 3 de noviembre de 2004**, Ar. 7788, que confirma la Sentencia de instancia (TSJ murciano), en un caso relativo a la solicitud de nulidad de una concesión minera en la que se alegaba por parte del propietario que el arrendatario del terreno (y titular de la concesión) no acreditó la posesión de título civil sobre los terrenos, y también que la concesión habría caducado, de modo que se habrían infringido los artículos 16 de la Ley de Minas de 1973 y 27, 28.1 y 28.2 de su Reglamento de 1978. El TS no entra en el fondo del asunto, al considerar, al igual que el Tribunal de instancia, que la Resolución administrativa se recurrió en vía administrativa fuera de plazo, aunque añade también que no es competencia de los Tribunales contencioso-administrativos decidir sobre la titularidad de los terrenos objeto de la concesión (cuestión que es de orden civil).

### **C) Aprovechamiento de recursos minerales: Sección C)**

En relación con los recursos mineros de la Sección C), debemos mencionar en esta ocasión tres Sentencias.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

La primera, la **STS de 6 de octubre de 2004**, Ar. 6550, que da la razón a un particular frente al Gobierno de Cantabria, al igual que la Sentencia de instancia, y que consideró que el recurrente tiene derecho a la adjudicación del permiso de investigación solicitado, y anula la Resolución que lo adjudicó a otra empresa. Se considera, de acuerdo con el artículo 53.1 de la Ley de Minas de 1973, que la empresa inicialmente adjudicataria, que era titular de la concesión sobre los mismos terrenos objeto del concurso, incumplió los deberes de explotación, por lo que una vez caducada la concesión, no puede ahora adjudicársele un permiso de investigación.

Por otra parte, la **STS de 25 de octubre de 2004**, Ar. 7603, desestima el recurso de casación interpuesto y confirma la decisión de la Junta de Extremadura de considerar caducada una concesión minera por inactividad, en aplicación del artículo 86.4 de la Ley de Minas de 1973 y el artículo 109.g) de su Reglamento de 1978.

Finalmente, la **STS de 26 de octubre de 2004**, Ar. 7770, considera conforme a Derecho la Resolución de la Administración autonómica murciana, que canceló a una empresa la solicitud de un permiso de investigación, y desestima el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia de instancia, que confirma íntegramente. El motivo de la cancelación fue que la empresa adjudicataria incumplió la obligación de constituir durante el primer año una fianza del 10% de la inversión prevista en el plazo otorgado al efecto, de acuerdo con lo establecido en los artículos 48.4 y 82.1 de la Ley de Minas de 1973 y en el artículo 67.3 y 4 de su Reglamento de 1978.

### 6. MONTES: DIVERSAS CUESTIONES

En este apartado, debemos hacer mención de la **STS de 21 de septiembre de 2004**, Ar. 6520, que en materia de repoblación forestal confirma la Sentencia del TSJ andaluz de 1998 y considera correcta la resolución por incumplimiento de un consorcio forestal (del artículo 41 de la Ley de Patrimonio Forestal del Estado de 1941 y artículos 287 y siguientes del Reglamento de Montes de 1964) y la denegación de la indemnización de daños y perjuicios.

Por otra parte, la **STS de 24 de noviembre de 2004**, Ar. 7851, confirma la Sentencia del TSJ de Andalucía de 2001, que estimó parcialmente el recurso interpuesto por una empresa frente a una Resolución de la Administración autonómica, sobre adquisición por parte de ésta, mediante ejercicio del derecho de retracto, de una finca forestal.

El TS considera que el retracto no es nulo, pues se ejerció de acuerdo con las normas establecidas en la normativa aplicable (comenzando por el artículo 17 de la Ley de Patrimonio Forestal del Estado de 1941 y su Reglamento, del mismo año), pero el precio abonado por la Administración es insuficiente, pues no sólo es preciso incluir el precio de compra, sino también los gastos realizados en la compra y otros necesarios y útiles invertidos en la mejora de la finca.

## 7. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO

### A) Aguas continentales

#### a) Canon de regulación y tarifas del agua: validez de los artículos 310 y 311 del Reglamento de Dominio Hidráulico de 1986

El Tribunal Supremo desestima en STS de 28 de septiembre de 2004, RJ 6014, la cuestión de ilegalidad planteada por el TSJ de Madrid en relación con los preceptos citados *supra*, que, al parecer de la sala, conllevaban la aplicación retroactiva de tarifas. Dichos preceptos establecían que “La tarifa podrá ser puesta al cobro a partir de la aplicación del presupuesto del ejercicio correspondiente o de la prórroga del anterior. En el caso de que la tarifa no pudiera ser puesta al cobro en el ejercicio corriente debido a retrasos motivados por tramitación de impugnaciones o recursos o por otras causas, el Organismo gestor podrá aplicar provisionalmente y a buena cuenta la última aprobada que haya devenido firme” (artículo 310) y que “Una vez aprobados los cánones de regulación y las tarifas de utilización de agua, el Organismo de cuenca formulará las correspondientes liquidaciones y las notificará a los interesados en la forma prevista en la Ley de Procedimiento Administrativo. A los sujetos de la tarifa de utilización del agua se les incluirá en la liquidación anual el importe del canon de regulación que les correspondiera. El Organismo de cuenca podrá exigir el pago directamente a los obligados o, si así lo decidiere, a través de las Comunidades de Usuarios o de cualquier otro Organismo representativo de los mismos” (artículo 311).

Para el Alto Tribunal la previsión contenida en el apartado primero del artículo 310 no puede tacharse de retroactiva pues el cobro de la tarifa no puede anteceder a la fecha de: “aplicación del presupuesto del ejercicio”, momento que excluye cualquier hipotética retroactividad. Si lo que se pasa al cobro es la tarifa prorrogada del ejercicio anterior es evidente que no hay retroactividad alguna, pues además de ser anterior (la tarifa) al momento de su aplicación, ya es, por definición, firme. De otra parte –dice– la previsión facultativa contemplada en el apartado segundo del citado artículo 310 en cuanto autoriza a aplicar para un nuevo ejercicio, y de modo provisional, la última tarifa devenida firme tampoco puede merecer el reproche que formula la Sala de instancia, pues lo que hace es habilitar una prórroga de tarifas, pero nunca autorizar una retroactividad de la tarifa a cobrar, que, sin embargo, sí podrá ser exigida cuando devenga firme.

Idéntica respuesta le merece el primero de los párrafos del artículo 311, pues no solamente no autoriza retroactividad alguna, sino que las liquidaciones sólo pueden ser exigidas “una vez aprobados los cánones de regulación y las tarifas de utilización del agua...”. Respecto de los apartados segundo y tercero, advierte que tampoco pueden ser tachados de incurrir en una retroactividad tributaria no autorizada, pues regulan cuestiones claramente distintas al vicio o defecto imputado, como se desprende de su tenor literal.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

No obstante ello, el Tribunal Supremo reconoce que los textos cuestionados no tienen la claridad deseable. Y propone que sean interpretados teniendo en cuenta el procedimiento regulado en el artículo 309 del Reglamento citado. El procedimiento previsto en dicho artículo 309 deberá ser iniciado y terminado antes del comienzo del ejercicio en que las tarifas hayan de ser aplicadas. Si en el transcurso del procedimiento no hubiera reclamaciones y el procedimiento termina antes del comienzo del ejercicio al que corresponden las tarifas aprobadas se opera del modo previsto en el artículo 311. Si el procedimiento no termina antes de que comience el ejercicio en que la tarifa ha de ser aplicada podría cobrarse provisionalmente y a buena cuenta la última aprobada que haya devenido firme (previsión del artículo 310.2). Posteriormente, cuando la tarifa aprobada devenga firme, cobrar la diferencia entre lo cobrado provisionalmente y lo que resulte definitivo. Lo que no puede hacerse –concluye el Alto Tribunal– es aprobar la tarifa con posterioridad al comienzo del ejercicio en que aquélla haya de ser aplicada sin hacer uso de la opción del artículo 310.2.

### **b) Canon de regulación y tarifas del agua: procedimiento de imposición**

La SAN de 16 de marzo de 2004, JT 954, desestima el recurso planteado en relación con el canon de regulación y tasa de utilización de agua correspondiente al río Guadiana. En la demanda se consideraba que la modificación de la exacción estaba viciada de incompetencia, al haber sido efectuada por el Presidente de la Confederación. El tribunal considera, a la vista del Reglamento de Dominio Hidráulico, que no existe tal vicio: el servicio de explotación redactó el proyecto de propuesta de canon de Regulación, la Junta de Explotación lo examinó y la intervención del Presidente fue de mera aplicación del régimen fiscal.

### **c) Canon de regulación y tarifas del agua: presupuestos materiales para su imposición**

La STSJ de Valencia de 21 de julio de 2004, JT 1656, anula el importe del canon de regulación repercutido a los regantes, comprensivo, entre otros conceptos, de las obras de ejecución de dos embalses. A su entender no pueden imputarse esos gastos ni cuando los regantes cumplieron en su momento las obligaciones exigibles conforme a la Ley que sirvió de amparo a la construcción del embalse, ni cuando el régimen fijado en su día para la financiación de las obras no previera aportaciones de los regantes para sufragar los gastos de su construcción.

La STSJ de Aragón de 12 de abril de 2004, JT 1344, estima también la demanda planteada por los regantes en el sentido de que no puede incluirse en la tarifa de utilización del agua el coste de la construcción y mantenimiento de los caminos generales de la zona regable, ya que no constituyen propiamente una obra hidráulica específica para el riego de las fincas y, aunque benefician a los usuarios o regantes, también son utilizadas por el resto de los vecinos.

### **d) Canon de vertidos: legalidad de disposiciones reglamentarias**

La STSJ de Asturias de 23 de septiembre de 2004, JT 1416, resuelve la demanda planteada en relación con este tributo, sobre la base de la legalidad del artículo 295.3 del Reglamento

de Dominio Hidráulico de 1986, cubierto por el artículo 105 de la Ley de Aguas. Es pues innecesario que medien planes hidrológicos con carácter previo a la determinación del canon. La Sala acoge la doctrina del Tribunal Supremo, puesta de manifiesto en Sentencias como las SSTS de 27 de mayo de 2002, RJ 4713, u 11 de febrero de 2004, RJ 1411.

#### **e) Canon de vertidos: determinación del volumen del vertido y del coeficiente de contaminación**

Las SSTSJ de Aragón de 7 de mayo de 2004, JT 1347 y 1348, estiman el recurso planteado contra liquidaciones por el concepto canon de vertidos. El TSJ considera improcedente, en primer lugar, el volumen del vertido consignado en la liquidación, que no obedece al consumo de agua del ejercicio, sino a datos extrapolados de ejercicios anteriores. También dispone disminuir el coeficiente de contaminación aplicable, a la vista de la entrada en funcionamiento de la depuradora.

#### **f) Exacciones por suministro de agua para consumo**

La STSJ de Asturias de 30 de septiembre de 2004, JT 1587, considera que la exacción municipal por suministro de agua potable puede y debe ordenarse como tasa, aunque la prestación del servicio la realice una empresa concesionaria, y aduce a favor de su tesis la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del ámbito de las tasas.

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de febrero de 2004, JT 1285, estima el recurso de apelación presentado con la sentencia de instancia por un Ayuntamiento a la sazón sujeto pasivo de la tasa, de la cual era titular una Mancomunidad. Al parecer, la Ordenanza distinguía en su tarifa entre “consumo Ayuntamientos” y “consumo en alta de núcleos de población”, siendo la primera más reducida. Durante varios ejercicios la Mancomunidad liquidó la tasa sin distinguir si el Ayuntamiento era destinatario final del suministro o el suministro se realizaba para que luego dicho Ayuntamiento la derivase a su población: en todo caso aplicó la tarifa más baja. El caso es que a partir de un determinado momento, la Mancomunidad aplicó la tarifa más elevada por “consumo en alta de núcleos de población”. El TSJ da la razón al Ayuntamiento, aduciendo, en primer lugar, la falta de motivación del cambio interpretativo. Sin perjuicio de ello, el TSJ entró también en el fondo y sostuvo que en los términos en que está redactada la Ordenanza no puede afirmarse que la tarifa reducida sólo pueda aplicarse cuando el Ayuntamiento sea destinatario final del agua.

#### **g) Cuantificación de las tasas municipales de alcantarillado**

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de febrero de 2004, JT 1287, admite la cuantificación de la tasa de alcantarillado con base en la cuota del Impuesto sobre Actividades Económicas. Señala que la fijación de la cuota del IAE según elementos indicators es igualmente indicadora del uso del servicio de alcantarillado. En esos términos, considera intrascendente la existencia de contadores.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

### B) Aguas marítimas

#### a) Puertos: a vueltas con la reserva de ley

Continúan los recursos sobre determinadas exacciones portuarias, fundamentados en la posible vulneración del principio de reserva de ley tributaria. La Ley 14/2000, de 29 de diciembre, procuró cerrar los últimos flecos que se le hubieran escapado al legislador en anteriores redacciones de la normativa sectorial, asumiendo con rango formal de ley elementos otrora contenidos en reglamentos. En este sentido, el contenido desestimatorio de las SSAN de 17 de febrero de 2004, JT 943, y 1 de marzo de 2004, JT 1036.

Siguen produciéndose también resoluciones estimatorias, dado que las liquidaciones litigiosas se cubrían bajo textos legales anteriores (así, SSTSJ de Cataluña de 21 de enero de 2004, JT 827; de 4 de febrero de 2004, JT 759; de 2 de abril de 2004, JT 1290; de 28 de mayo de 2004, JT 1132; de 3 de junio de 2004, JT 1134; de 8 de julio de 2004, JT 1186; o de 9 de septiembre de 2004, todas ellas, en relación con las tarifas T-3 y G-3).

Las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de abril de 2004, JT 2005, 22, y 28 de junio de 2004, JT 1669, 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.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

ELOY COLOM PIAZUELO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO



## XIII. MEDIO AMBIENTE

**Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.** A) Residuos, su vertido. Compatibilidad de la normativa comunitaria con normativa nacional más rigurosa. La aplicación del principio de proporcionalidad. B) Residuos, incumplimiento global de Irlanda de la normativa comunitaria de residuos. Incumplimiento de la obligación de Irlanda de colaborar lealmente con las instituciones de la Unión (art. 10 CE). C) Residuos, incumplimiento de España. Existencia de dos vertederos no autorizados. La existencia de una sanción no supone que hayan sido objeto de inspecciones periódicas en el sentido de la Directiva de residuos. D) Acceso a la información en materia de medioambiente. Plazo de contestación a las solicitudes y obligación de motivación de las respuestas en caso de denegación. El régimen jurídico del silencio administrativo y la imposibilidad de la motivación en ese caso. E) Conservación de las aves silvestres y de los hábitats naturales. La evaluación de planes o proyectos a realizar en las zonas especiales de conservación no debe extenderse al examen de las condiciones y alternativas a llevar a cabo cuando un proyecto deba ejecutarse por razones imperiosas de interés público. **3. Actividades clasificadas. La sentencia en la que se aprecia vulneración de derechos fundamentales provocados por el funcionamiento de una discoteca puede incorporar pronunciamientos referidos a la clausura o cierre de la misma. 4. Evaluación de impacto ambiental. Proyectos sometidos. Proyecto de desdoblamiento de la vía férrea Valencia-Tarragona, tramo La Palmas-Oropesa. 5. Espacios Naturales Protegidos. Inconstitucionalidad parcial de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/2002, de 1 de julio, por la que se declara el Parque Nacional marítimo-terrestre de las Islas Atlánticas de Galicia que daba nueva redacción a los arts. 19.3, 23.5.c), 23 bis.6.c) y 23 ter.3 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres. 6. Auditoría medioambiental. Vulneración del orden constitucional de competencias por el art. 2 y la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 85/1996, de 26 de enero, por el que se establecen normas relativas a la adhesión voluntaria de las empresas a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambiental.**

**7. Aguas continentales.** A) Delito ecológico: no vulneración del principio *non bis idem*; falta de concurrencia del tipo delictivo por ausencia de creación de un peligro grave; el tipo penal incluye el supuesto de que el vertido se efectúe en zona ya contaminada; aminoración de la condena de prisión al no entenderse como delito continuado.

B) Responsabilidad ambiental: por rotura de balsa de residuos mineros que provoca vertido de lodos tóxicos y agua ácida al valle del Guadiamar en el término de Aznalcóllar.

C) Vertidos de aguas residuales: ausencia del Plan de saneamiento; anulación de proyecto de estación depuradora. D) Zonas húmedas: Planes de urbanismo anulados por contradicción con Ley autonómica de espacios naturales protegidos.

**8. Aguas Marítimas. Uso privativo del demanio marítimo: la previsión de obras en un instrumento de planeamiento municipal no genera en la Administración costera el deber de otorgar la concesión de utilización del demanio sobre el que pretenden apoyarse, si degradan el entorno.**

**9. Fiscalidad medioambiental.** A) Aguas continentales. a) Cánones de saneamiento y otros tributos hídricos regionales: varias cuestiones.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida durante los meses de febrero a mayo de 2005; la del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia núm. 6885 a la 8224 del RA (cuadernillos 27 a 33) y la Constitucional desde la Sentencia 1/2005, de 17 de enero, hasta la 68/2005, de 31 de marzo.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

**A) Residuos, su vertido. Compatibilidad de la normativa comunitaria con normativa nacional más rigurosa. La aplicación del principio de proporcionalidad**

La STJCE (Sala Primera) de 14 de abril de 2005, recaída en el asunto C-6/2003, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al art. 234 CE por el Verwaltungsgericht (Tribunal Administrativo) de Koblenz (Alemania), en el procedimiento entre Deponiezweckverband Eiterköpfe y el Land Rheinland Pfalz (Renania-Palatinado). La cuestión que se plantea versa sobre la interpretación del art. 5 de la Directiva 1999/31 del Consejo, de 26 de abril de 1999, relativa al vertido de residuos,

### XIII. Medio Ambiente

del art. 176 CE y del principio comunitario de proporcionalidad. La petición del Tribunal administrativo alemán se planteó en el curso de un litigio entre la asociación citada y el Land de Renania-Palatinado en relación con una autorización para la explotación de un vertedero. En concreto esa Asociación, que reúne a varios distritos (Kreise) y a la ciudad de Coblenza, pretendía obtener del Estado una autorización para explotar en un vertedero y hasta el 31 de diciembre de 2013, dos sectores que serían rellenados con residuos tratados únicamente por medios mecánicos.

El Tribunal comienza examinando el contenido del art. 5.1 de la Directiva tratada. Tal texto prevé que los Estados miembros elaboren estrategias nacionales para reducir los residuos biodegradables destinados a vertederos. A esos efectos se fijan en el apartado 2 unos porcentajes de reducción en relación a determinadas fechas. Está bien claro que estos porcentajes son mínimos y que no se oponen a que los Estados adopten medidas más rigurosas. En ese mismo sentido y en el plano de lo general versa el art. 176 del Tratado CE que ampararía decisiones como las que refleja la normativa interna del Land.

Porque, efectivamente, una norma específica del Land, un Reglamento de 2001, fija unos porcentajes que dan lugar a mayores exigencias y con plazos sensiblemente menores aplicándose, también, a residuos no estrictamente contemplados por la Directiva siendo ésta la causa de la denegación del permiso solicitado por la Asociación. El Tribunal, tras un examen pormenorizado y comparativo de ambos textos, la Directiva y el Reglamento del Land de 2001, decide que ésta es una normativa nacional más rigurosa que la comunitaria y plenamente insertable, por tanto, dentro de la previsión general del art. 176 del Tratado CE.

Igualmente y respondiendo a otra de las cuestiones planteadas por el Tribunal administrativo alemán, el Tribunal de Justicia indica que el principio comunitario de proporcionalidad según el cual las medidas nacionales deberían ser adecuadas y necesarias en relación a los objetivos que se persiguen, como mínimos, por las normas comunitarias, no se aplica a las medidas nacionales de mayor protección adoptadas en virtud del art. 176 CE que superen los requisitos mínimos previstos por una directiva comunitaria en el ámbito del medio ambiente siempre y cuando, claro está, no afecten al resto de disposiciones del Tratado.

#### **B) Residuos, incumplimiento global de Irlanda de la normativa comunitaria de residuos. Incumplimiento de la obligación de Irlanda de colaborar lealmente con las instituciones de la Unión (artículo 10 CE)**

El Tribunal vuelve sobre el tema de residuos con la STJCE (Gran Sala) de 26 de abril de 2005, recaída en el asunto C-494/01, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al art. 226 CE por la Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda. La Comisión reprocha a Irlanda el incumplimiento 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 e, igualmente, que se declare su incumplimiento del art. 10 del Tratado CE.

Se observa en la Sentencia que el procedimiento ha sido iniciado por la Comisión tras la recepción de tres denuncias en las que se reprocha a las autoridades irlandesas tolerancia administrativa en relación a vertidos que tienen lugar en un humedal, en varias lagunas y en otro lugar. En todos los casos se opera sin autorización. En el curso del procedimiento y una vez que la Comisión ha iniciado actuaciones llegarán otras nueve denuncias más siempre relativas a vertederos sin autorización o a actividades privadas relacionadas con vertidos sin autorización. En el curso del procedimiento el gobierno irlandés estimará que las actuaciones de la Comisión y, en su momento, del Tribunal deberían limitarse a los supuestos concretos a que se refieren las doce denuncias sin que se puedan reprochar incumplimientos generalizados de la directiva comunitaria. Sin embargo, el resultado final de la Sentencia es que a partir de esos incumplimientos concretos, lo que se puede constatar es un incumplimiento global de los preceptos básicos de la Directiva 75/442/CEE por la normativa irlandesa de desarrollo, de tal forma que el conjunto de la política, digamos así, irlandesa de residuos queda desautorizada por el Tribunal de Justicia.

La Sentencia, larga y pormenorizada, va examinando cada uno de los presuntos incumplimientos en relación a las denuncias considerando suficientes las pruebas presentadas por la Comisión. (En este ámbito se admitirán por el Tribunal dos documentos elaborados al margen del procedimiento judicial por asociaciones profesionales irlandesas y de las que se deduce un desolador panorama de la actividad en materia de residuos en ese país.) A partir de ese supuesto, lo que también hace el Tribunal es confrontar una normativa irlandesa de 2001 sobre residuos, con diversos preceptos de la Directiva comunitaria constatando su incumplimiento en tanto en cuanto no se regula efectivamente un sistema de autorización para quienes realizan actividades de vertido de residuos, y ello, además, porque se permite que siga el funcionamiento de las anteriores actividades en tanto en cuanto se resuelven las peticiones de autorización, aun cuando se hayan sobrepasado completamente los plazos fijados por la Directiva (incumplimiento de sus arts. 9 y 10). Igualmente se constata la violación del art. 12 de la Directiva, que exige autorización o registro para quienes se dediquen profesionalmente al transporte o a la recogida de residuos, en tanto que la normativa irlandesa se basa en una mera notificación a la autoridad competente para entender cumplido el sistema de registro sin que en modo alguno haya hecho una opción concreta por este sistema.

De la misma forma se constata el incumplimiento del art. 5 de la Directiva que establece la obligación de que los Estados cuenten con una red integrada y adecuada de instalaciones de eliminación de residuos, dado que la gran mayoría funcionan sin autorización y con gran perjuicio para el medio ambiente. También se considera infringido el art. 4 de la Directiva porque no se han adoptado medidas que garanticen la valorización y eliminación de residuos sin poner en peligro la salud humana y sin que se utilicen procedimientos o métodos que puedan perjudicar el medio ambiente. Para el Tribunal, esta disposición ha de entenderse en relación con los principios de cautela y de prevención, no siendo preciso acreditar, por lo tanto, que se haya dado un perjuicio efectivo. También y por otros motivos se considerarán infringidos los arts. 8, 13 y 14 de la Directiva.

### XIII. Medio Ambiente

Dentro de esta descalificación global de la actuación irlandesa en materia de residuos, tiene un significado especial que se declare por el Tribunal el incumplimiento de Irlanda del art. 10 CE que se refiere a las obligaciones de los Estados de colaborar para facilitar el cumplimiento por las instituciones de la Unión de sus competencias. En concreto queda acreditado que no se ha respondido a un escrito de la Comisión europea por el que se pretendía obtener las observaciones de Irlanda a una de las denuncias presentadas por lo que el Tribunal declara la violación de tal precepto del Tratado.

#### **C) Residuos, incumplimiento de España. Existencia de dos vertederos no autorizados. La existencia de una sanción no supone que hayan sido objeto de inspecciones periódicas en el sentido de la Directiva de residuos**

De un tenor notablemente distinto es el incumplimiento que también el Tribunal de Justicia declara en relación al Reino de España de sus obligaciones en materia de residuos. En efecto, la STJCE (Sala Quinta) de 28 de abril de 2005, recaída en el asunto C-157/04, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, 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.

En concreto el asunto se origina a partir de la presentación de dos denuncias relativas a vertederos ilegales, uno denominado Punta de Avalos, sito en la Isla de la Gomera. Otro denominado Olvera, sito en la provincia de Cádiz. En el procedimiento se va a acreditar que tales vertederos no están autorizados y que tampoco ha existido la inspección periódica a que se refiere el art. 13 de la Directiva. En este sentido parece de interés reseñar que, aun cuando se ha acreditado que en el caso del vertedero canario existió una inspección y hasta una sanción del órgano competente de la Comunidad Autónoma, eso no es considerado como representativo de la inspección periódica a que se refiere el art. 13 de la Directiva (vid. el punto 31 de la Sentencia). En relación al otro vertedero, aunque ha quedado acreditado que se clausuró en septiembre de 2003, ello ha sido con posterioridad al dictamen motivado formulado por la Comisión, por lo que con arreglo a jurisprudencia más que consolidada, no se evita el pronunciamiento de condena del Tribunal.

#### **D) Acceso a la información en materia de medioambiente. Plazo de contestación a las solicitudes y obligación de motivación de las respuestas en caso de denegación. El régimen jurídico del silencio administrativo y la imposibilidad de la motivación en ese caso**

La STJCE (Sala Segunda) de 21 de abril de 2005, recaída en el asunto C-186/04, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al art. 234 CE por el Conseil d'Etat (Bélgica) en el procedimiento entre el sr. Pierre Housieaux y *Delegués du conseil de la Région de Bruxelles-Capitale*. En la Sentencia se va a tratar de la interpretación de los arts. 3.4 y 4 de la Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente. El litigio original versaba sobre el acceso a los documentos relativos a un contrato de ordenación urbana. En concreto el sr. Housieaux había solicitado de la Sociedad de Desarrollo Urbano de la Región de Bruselas

los términos del contrato que esta Sociedad había suscrito con una empresa para la construcción de unos edificios en un solar. La Sociedad se había negado a ello aduciendo que es el ejecutivo quien “determina administración por administración, las disposiciones del acceso a la información”.

El sr. Housieaux recurrió, entonces, ante el Colegio de delegados de la Región de quien dependía dicha Sociedad de Desarrollo Urbano, Colegio que determinó entregarle los anexos H e I del contrato, relativos al medio ambiente y cuya comunicación no comprometía ningún interés comercial o industrial. El reclamante interpuso entonces un recurso ante el *Conseil d’Etat* que fue quien planteó diversas cuestiones sobre el derecho de acceso a la información y que se van a ir resumiendo, con sus respuestas, en esta crónica.

En concreto la primera pregunta a la que da respuesta el Tribunal es a si el plazo de dos meses para entregar la información a que se refiere el art. 3.4 de la Directiva 90/313, es un plazo imperativo o meramente indicativo. La respuesta parece obvia: el plazo es imperativo, en otro caso la tutela judicial del particular sobre la que se insiste en esta Directiva, carecería de completa eficacia.

En otro orden de cosas el *Conseil d’Etat* preguntaba al Tribunal por la compatibilidad con la normativa comunitaria de una normativa nacional que establece que el transcurso de dicho plazo equivale a una denegación del derecho de acceso. El problema se plantea porque la normativa comunitaria indica que la denegación debe ser motivada (cfr. arts. 3.4 y 4 de la Directiva) y, obviamente, una respuesta por “silencio administrativo” no contiene tal motivación por definición. El Tribunal dirá que una decisión denegatoria por silencio es una respuesta a la solicitud de acceso en el sentido del derecho comunitario, pero debe considerarse una respuesta “ilegal”. Lo cierto es que esta decisión del Tribunal parece un poco sorprendente y aun cuando no tenga ningún tipo de efecto sobre la formulación de un recurso judicial contra la misma, es probablemente la única posibilidad de entender una directiva comunitaria demasiado centrada en establecer la obligación de motivación de la respuesta, una motivación que, además, debe ser “adecuada” en los términos del art. 4. Es, probablemente, una regulación ciertamente escueta la de la Directiva, la que determina la necesidad de integrar en su cuerpo la regulación nacional relativa al silencio administrativo y que lleva, como se deduce de otras consideraciones del Tribunal, a subrayar la posibilidad de que en función del derecho a la tutela judicial efectiva, tras la denegación “por silencio” (expresión que entrecorramos continuamente en tanto en cuanto no se encuentra en la Directiva) pueda el interesado interponer el recurso que considere conveniente.

Añadimos, por último, que en nuestro comentario a la **STJCE 26 de junio de 2003** (Comisión contra Francia) que se encuentra en el núm. 21 de 2003 de esta Revista, páginas 234 y 235, ya tuvimos ocasión de referirnos de la mano del Tribunal de Justicia al significado de la obligación de motivación en las resoluciones sobre ejercicio del derecho al medio ambiente. En aquel caso se trataba de resoluciones expresas y, ahora, de resoluciones presuntas.

### XIII. Medio Ambiente

#### **E) Conservación de las aves silvestres y de los hábitats naturales. La evaluación de planes o proyectos a realizar en las zonas especiales de conservación no debe extenderse al examen de las condiciones y alternativas a llevar a cabo cuando un proyecto deba ejecutarse por razones imperiosas de interés público**

En esta ocasión nos encontramos con una Sentencia relativamente paradójica. La Comisión, como veremos, formula determinados reproches a una normativa interna del Reino de los Países Bajos por no atenerse a las Directivas 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres y 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres. El Reino de los Países Bajos va a aceptar todos los reproches formulados excepto uno: la Comisión indica que la evaluación de planes y proyectos a que se refiere el art. 6.3 de la Directiva 92/43/CE debe incluir también las cuestiones incluidas en el art. 6.4 para cuando un proyecto deba ejecutarse por razones de interés público, incluidas razones de índole social o económica. Es decir, medidas posibles compensatorias y analizar únicamente consideraciones relacionadas con la salud humana y la seguridad pública o relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente. Para el Gobierno holandés, no habría por qué agravar más las exigencias de la evaluación, puesto que si ésta fuera a resultar positiva por no suponer el proyecto ningún perjuicio medioambiental, sería completamente superfluo que los evaluadores se hubieran extendido también al contenido de un precepto, el art. 6.4, que sólo debería jugar en el caso de una evaluación negativa.

Pues bien, la STJCE de 14 de abril de 2005, recaída en el asunto C-441/03, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de los Países Bajos, rubrica en este punto el criterio de este Gobierno y rechaza los motivos aducidos por la Comisión. Es decir, deben examinarse los distintos criterios y condiciones incluidas en el art. 6.4 de la Directiva 92/443/CE cuando tras haber resultado positiva (compatible el proyecto con el medio ambiente) la evaluación realizada conforme al art. 6.3, las autoridades crean necesaria la ejecución del proyecto por motivos de interés público debiendo ser el momento, entonces, de analizar el cumplimiento de las condiciones establecidas en tal apartado 4 del art. 6.

#### **3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS. LA SENTENCIA EN LA QUE SE APRECIA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES PROVOCADOS POR EL FUNCIONAMIENTO DE UNA DISCOTECA PUEDE INCORPORAR PRONUNCIAMIENTOS REFERIDOS A LA CLAUSURA O CIERRE DE LA MISMA**

El TS en su STS de 14 de septiembre de 2004, Ar. 7578, ratifica la del TSJ de la Comunidad Valenciana dictada en el procedimiento especial previsto en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, que, entre otros pronunciamientos, además de condenar al Ayuntamiento de Valencia a satisfacer a parte de los demandantes una indemnización de 500.000 pesetas y los intereses legales por los perjuicios causados por los ruidos molestos producidos por el funcionamiento de una discoteca, ordenaba a éste que adoptara las precisas medidas materiales para impe-

dir el funcionamiento de la citada discoteca mientras no constara de forma fehaciente y técnica, que ésta respeta las exigencias del informe de la Oficina Técnica de espectáculos Públicos.

Cuestionado por la demandante el pronunciamiento de la sentencia referente al impedimento condicionado del funcionamiento de la discoteca por tratarse del procedimiento especial de protección de Derechos fundamentales, el TS, reiterando la doctrina sentada con anterioridad, mantiene que el procedimiento seguido no puede limitarse a una declaración inocua de que se han infringido tales derechos, puesto que en ese caso para nada serviría tal pronunciamiento si en la sentencia sólo pudiera acogerse la declaración de infracción de tales derechos fundamentales, y por tanto que, como han venido a recoger sentencias anteriores, en tal procedimiento especial caben y se imponen pronunciamientos referidos a la clausura o cierre de la actividad de que se trate.

#### **4. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. PROYECTOS SOMETIDOS. PROYECTO DE DESDOBLAMIENTO DE LA VÍA FÉRREA VALENCIA-TARRAGONA, TRAMO LA PALMAS-OROPESA**

El TS en su STS de 19 de julio de 2004, Ar. 5405/2004, resuelve que debió ser sometido a previa evaluación de impacto ambiental el proyecto de desdoblamiento de la vía férrea Valencia-Tarragona, tramo La Palmas-Oropesa.

La decisión del TS sigue la doctrina sentada en la sentencia de 16 de septiembre de 2004 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea dictada en el asunto C-227/01 de la Comisión contra el Reino de España referente al incumplimiento por éste de las obligaciones que le incumben en virtud de los arts. 2, 3, 5, apartado 2 y 6, 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 al no haber sometido a evaluación el impacto ambiental del “proyecto de línea Valencia-Tarragona, tramo Las Palmas-Oropesa, Plataforma” que forma parte del proyecto denominado “Corredor del Mediterráneo” (vid. nuestro comentario de esta Sentencia en el número anterior de esta Revista).

El Tribunal español declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los recurrentes, casa la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana y estima el recurso contencioso-administrativo en aplicación de los principios de supremacía y jerarquía del Derecho Comunitario Europeo, aplicando la doctrina sentada por el TJCE en la sentencia mencionada que fue objeto de comentario en el número 26 de esta Revista [enero: Crónicas de jurisprudencia XIII. Medio ambiente 2.G)].

**5. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS. INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA DE LA LEY 15/2002, DE 1 DE JULIO, POR LA QUE SE DECLARA EL PARQUE NACIONAL MARÍTIMO-TERRESTRE DE LAS ISLAS ATLÁNTICAS DE GALICIA QUE DABA NUEVA REDACCIÓN A LOS ARTÍCULOS 19.3, 23.5.C), 23 BIS.6.C) Y 23 TER.3 DE LA LEY 4/1989, DE 27 DE MARZO, DE CONSERVACIÓN DE LOS ESPACIOS NATURALES Y DE LA FLORA Y FAUNA SILVESTRES**

Los recursos de inconstitucionalidad formulados por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y el Gobierno de Aragón contra la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/2002, de 1 de julio, por la que se declara el Parque Nacional marítimo-terrestre de las Islas Atlánticas de Galicia que daba nueva redacción a los arts. 19.3, 23.5.c), 23 bis.6.c) y 23ter.3 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, han sido resueltos por las SSTC 35 y 36/2005, de 17 de febrero, con el pronunciamiento de inconstitucionalidad de los arts. 19.3, salvo su inciso “los Planes Rectores de Uso y Gestión de los Parques Nacionales serán aprobados por la Comunidad Autónoma correspondiente”; 23.5.c); 23 bis.6.c) en su inciso “que le proponga la Comisión Mixta de Gestión”, y 23 ter.3.

Los preceptos impugnados regulan la aprobación de los Planes directores de uso y gestión (art. 19.3), la elaboración y aprobación de los planes sectoriales que, en su caso, desarrollen dichos Planes rectores [arts. 23.5.c) y 23.6.c)] y el régimen de nombramiento y adscripción del Director-Conservador de los parques nacionales (art. 23 ter.3).

El fundamento genérico de los recursos formulados se sustentó por los recurrentes en la vulneración de las competencias de las respectivas Comunidades Autónomas en materia de “medio ambiente” y “espacios naturales”.

En opinión del Tribunal la controversia suscitada debe entenderse resuelta por la doctrina establecida por este en la STC 194/2004, de 4 de noviembre, por la que se resolvieron los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 41/1997, de 5 de noviembre, por la que se modificó la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, que fue objeto de comentario en el nº 27 anterior de esta revista. Doctrina que es reiterada en la sentencia que relatamos.

**6. AUDITORÍA MEDIOAMBIENTAL. VULNERACIÓN DEL ORDEN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS POR EL ARTÍCULO 2 Y LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA DEL REAL DECRETO 85/1996, DE 26 DE ENERO, POR EL QUE SE ESTABLECEN NORMAS RELATIVAS A LA ADHESIÓN VOLUNTARIA DE LAS EMPRESAS A UN SISTEMA COMUNITARIO DE GESTIÓN Y AUDITORÍA MEDIOAMBIENTAL**

El conflicto positivo de competencias promovido por la Generalidad de Cataluña contra el art. 51.1 y la Disposición Adicional Tercera del RD 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la calidad y la seguridad

industrial, y frente al art. 2 y la Disposición Adicional Segunda del RD 85/1996, de 26 de enero, por el que se establecen normas para la aplicación del Reglamento (CEE) 1836/1993, del Consejo, de 29 de junio, por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales, ha sido resuelto por el TC con una sentencia (STC 33/2005, de 17 de febrero) interpretativa en relación a los preceptos cuestionados del RD 2200/1995 y declarativa de la vulneración de las competencias de la Generalidad de Cataluña en materia de medio ambiente por el art. 2 y la Disposición Adicional Segunda del RD 85/1996, de 26 de enero, arriba mencionado. Sentencia a la que se incorpora un voto particular suscrito por dos de los Magistrados del Tribunal.

La sentencia declara que se vulnera el orden constitucional de distribución de competencias previsto en los arts. 149.1.23 CE y 10.1.6 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, con la atribución que hace el art. 2 del RD 85/1996 a la Administración General del Estado de la facultad para designar entidades de acreditación de verificadores medioambientales, y a la efectiva designación de la “Entidad Nacional de Acreditación” (ENAC) como entidad de acreditación independiente efectuada en la Disposición Adicional Segunda de la misma norma, ya que, como dice el Tribunal, “la actividad de reconocimiento y consiguiente designación de las entidades de acreditación únicamente consiste en la constatación del cumplimiento de los requisitos que se les exigen para tener tal condición, lo cual, sin duda, se inscribe en el ámbito de la función ejecutiva o aplicativa” en materia de medio ambiente.

## 7. AGUAS CONTINENTALES

**A) Delito ecológico: no vulneración del principio *non bis idem*; falta de concurrencia del tipo delictivo por ausencia de creación de un peligro grave; el tipo penal incluye el supuesto de que el vertido se efectúe en zona ya contaminada; aminoración de la condena de prisión al no entenderse como delito continuado**

Viene siendo interpretado por la jurisprudencia que el delito ecológico tipificado en el art. 325 del Código Penal de 1995 se configura como un delito de peligro abstracto [v. gr. STS de 24 de octubre de 2003 –crónica XIII.7.A) del núm. 24 de Justicia Administrativa–]. En la STS de 22 de julio de 2004, Sala de lo Penal, Ar. 7294, se parte de esa idea para confirmar la decisión de la AP de Barcelona que condenó a dos particulares como autores de un delito contra el medio ambiente. No puede prosperar el argumento, que entre otros aducen los recurrentes, en torno a que se ha vulnerado el principio *non bis in idem* por el Tribunal de primera instancia, pues la existencia de una sanción administrativa no excluye la posibilidad de sanción penal, siempre y cuando de la pena impuesta se haya descontado la sanción administrativa, de forma que la sanción penal resultante sea proporcional a la gravedad del hecho. Tampoco cabe admitir que quepa la exención de responsabilidad con base en que los vertidos sólo eran potencialmente graves, ya que precisamente estamos ante la concurrencia del tipo delictivo cuando se produce ese peligro de grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales. Quedó demostrado que la fábrica,

### XIII. Medio Ambiente

con incumplimiento de las condiciones contenidas en la autorización de vertidos con la que contaba, vertía residuos tóxicos con elevada concentración de hidrocarburos sobre terrenos de valor agrícola y sobre acuífero con destino a riegos y a consumo doméstico, que conllevó un peligro grave de contaminación.

Sin embargo, en la **STS de 27 de septiembre de 2004**, Sala de lo Penal, Ar. 6770, aun partiendo de un modo similar de que el delito ecológico es un delito de peligro hipotético, se llega a la conclusión de que en el supuesto concreto que se analiza, ha de absolverse al acusado, confirmándose así la solución dada por la AP de Barcelona, sin que quepa atender la pretensión de condena sostenida por el Ministerio Fiscal. Si los tres requisitos imprescindibles para que pueda hablarse de delito contra los recursos naturales son el acto de vertido, la infracción de normativa medioambiental, y la creación de una situación de peligro grave, puede afirmarse que aunque concurrieron los dos primeros, el tercer requisito no quedó demostrado en primera instancia. Es cierto que tuvo lugar en marzo de 1996 (momento en el que todavía era aplicable el art. 347 bis del Código Penal, por no haber entrado en vigor todavía el Código Penal de 1995) un vertido de purines de una granja al torrente "Can Diviu" que superaba los valores límite contenidos en la tabla 1 del Anexo al Título IV del RDPH de 1986, pero también lo es que, según la toma de muestras practicada en su día, el torrente estaba contaminado aguas arriba de la granja "Can Clavell" en mayor medida si cabe, que la contaminación que resultaba aguas abajo de la misma, por lo que no se puede afirmar que el vertido que se discute haya provocado un peligro grave, cuando la prueba pericial ya manifestó que el río era un vertido en sí mismo.

De significado contrario es la **STS de 8 de noviembre de 2004**, Sala de lo Penal, Ar. 7711, que señala que para que concurra el delito ecológico es preciso que el vertido tenga la aptitud de provocar un peligro grave para el medio ambiente, siendo de apreciar la tipicidad inclusive cuando el vertido recaiga sobre zonas ya contaminadas, dado que la finalidad del tipo penal no es sólo evitar la contaminación, sino también impedir el incremento de la ya existente (FJ 2º). En relación con el caso que se resuelve, de la toma de muestras efectuada en enero de 1996 resultaba que la emisión contaminante de amoníaco y nitrógeno había superado en 4 o 5 veces los límites establecidos en el RDPH de 1986, encajando la actuación en el tipo contenido en aquel momento en el art. 347 bis del Código Penal de 1973 (ya que el Código de 1995 entra en vigor unos meses más tarde).

Finalmente, la **STS de 2 de noviembre de 2004**, Sala de lo Penal, Ar. 7220, aminora la condena de prisión que había sido fijada por la AP de Tarragona en un concreto supuesto, al no poder entenderse siempre como delito continuado el delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, pues hay que partir de que el término vertido es un concepto normativo global, que incluye en su comprensión la pluralidad de acciones emisoras, cuando se trate de una misma actividad industrial (FJ 2º). No obstante, el condenado no puede eximirse de la aplicación del tipo delictivo agravado que contenía el art. 347 bis del Código Penal de 1973 (hoy art. 326 del texto de 1995), pues la industria funcionaba clandestinamente, es decir, sin haber obtenido las autorizaciones pertinentes, y sin instalar la estación depuradora que se le requirió en 1976, habiendo resultado probado que

la contaminación provocada en las aguas había impedido la existencia de vida animal, detectándose también daños irreversibles en los cultivos y pozos de la zona.

**B) Responsabilidad ambiental: por rotura de balsa de residuos mineros que provoca vertido de lodos tóxicos y agua ácida al valle del Guadiamar en el término de Aznalcóllar**

Como se recordará, el 25 de abril de 1998 tuvo lugar el mayor desastre ecológico ocurrido en nuestro país hasta esa fecha, con la rotura del dique de contención de almacenamiento de residuos mineros de la empresa Boliden Apirsa, SL, con lo que la balsa liberó 6 millones de m<sup>3</sup> de lodos tóxicos y agua ácida al valle del Guadiamar con repercusiones negativas para el Parque Nacional de Doñana. A continuación damos noticia de una de las Sentencias que determina responsabilidades por dicha catástrofe. Se trata de la **STS de 22 de noviembre de 2004**, Ar. 20, que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa Boliden contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 2002 que decidiendo el expediente incoado por la CH del Guadalquivir, acabó imponiendo a dicha entidad mercantil una sanción de 601.012 euros, la obligación de abonar 41.606.316 euros por los gastos originados por la reposición del terreno al estado anterior a los hechos que dieron lugar a la apertura del procedimiento, y la indemnización de los daños causados al dominio público hidráulico valorados en 2.870.181 euros.

Una de las alegaciones de la empresa en contra del citado Acuerdo es que se ha impuesto la sanción sin que haya podido conocer qué infracciones de la Ley de Aguas se le imputan, por la cita inconcreta de preceptos de ésta, con lo que se ha vulnerado el principio de tipicidad del art. 25 de la CE. El TS recuerda que han sido aducidos por la Administración el art. 89 de la Lag. de 1985 (posterior art. 97 del TR de Lag. de 2001) que prohíbe acumular residuos o sustancias que puedan constituir un peligro de contaminación de las aguas o de degradación de su entorno, y el art. 108.f) y g) del mismo texto legal, párrafos que tipifican como infracción los vertidos contaminantes sin autorización, y el incumplimiento de las prohibiciones establecidas en la Lag. o la omisión de los actos a que obliga (FJ 12º).

Desde luego, ha habido una omisión de la empresa sancionada, en concreto del deber de diligencia que requería vigilar que los sistemas de control del dique se hallaban en funcionamiento, ya que como titular de la balsa de residuos mineros de Aznalcóllar debiera haberse implicado más directamente en la vigilancia de los instrumentos de control creados para mantener en situación de seguridad una situación de riesgo creada con motivo del ejercicio de su actividad (FFJJ 11º y 13º). De las pruebas periciales (recaídas durante el juicio penal —que exoneran a la empresa de responsabilidad según el Código Penal—, pero que han servido a la Administración para determinar la imputación en el expediente administrativo) resulta que si los inclinómetros instalados se hubieran encontrado en perfecto estado de funcionamiento en los meses anteriores a la fecha en que tuvo lugar la rotura de la balsa, se podría haber evitado o hubieran podido ponerse los medios adecuados para limitar sus consecuencias (FFJJ 6º y 11º). Aunque Boliden considera que el encargo de los proyectos de construcción y seguimiento de la balsa a dos empresas (Intecsa

### XIII. Medio Ambiente

y Geocisa) rompe el nexo causal, el TS entiende que el titular del almacenamiento de residuos mineros es quien debe responder por negligencia, aunque después pueda dirigir acciones contra quienes construyeron la balsa y realizaron el seguimiento de la misma.

Señala además la entidad mercantil que la cantidad de 2.870.181 euros que le ha sido exigida para indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico en virtud del art. 110 de la Lag. es anulable con base en el art. 63 de la Ley 30/1992, por suponer una duplicación de la obligación de reponer las cosas a su estado anterior que se le ha impuesto también. A su juicio, la obligación de indemnizar es subsidiaria de la de reponer las cosas a su estado anterior, de modo que no habrá lugar a indemnizar cuando todos los perjuicios hayan sido reparados mediante la reposición llevada a cabo. Para el TS no puede entenderse anulable el acto administrativo que fija esa cantidad aduciendo vulneración del art. 325 del RDPH de 1986 si se interpreta adecuadamente este precepto. Éste prevé que cuando no puedan reponerse las cosas a su estado anterior o como consecuencia de una infracción subsistan daños para el dominio público hidráulico, el infractor vendrá obligado al pago de la multa, pero asimismo a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. Así, ha de tenerse en cuenta para entender conforme a derecho la exigencia de tal cantidad, que la reposición de las cosas no ha logrado una reparación integral (lo que hubiera implicado la restitución de las aguas y de los terrenos a los niveles de calidad previos al suceso –FJ 15º–).

No obstante, el TS estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado por Boliden, y decide aminorar la cuantía por algunos conceptos que no debían haberse incluido dentro de la cantidad de 41.606.316 euros como obligación de reponer las cosas al estado anterior, en concreto han de deducirse 225.082.350 pesetas (1.352.772 euros). En efecto, se incluyeron como reposición de las cosas al estado anterior algunas expropiaciones de propiedades particulares, lo que no entra dentro del concepto de daños al dominio público hidráulico a que alude el art. 110 Lag. de 1985 (posterior art. 118 del TR de Lag.) Asimismo, se computó erróneamente la actuación llevada a cabo por Agroman consistente en la reparación y recrecimiento de determinadas obras hidráulicas con el objetivo de proteger el Parque de Doñana de inundaciones, actuación que no tiene relación con la rotura de la balsa de residuos. Finalmente, ha de descontarse también una partida correspondiente a la contratación de un servicio de vigilancia de una depuradora, que no presenta conexión alguna con la restauración de los terrenos afectados por el vertido. A pesar de estas aminoraciones a la cantidad total, téngase en cuenta, que por los medios de comunicación se conoce a día de hoy (mayo de 2005) que es la Administración (de la Junta de Andalucía y del Gobierno estatal) quien está soportando el pago de todas las cantidades económicas por la catástrofe ecológica, por haberse declarado en quiebra la empresa sueca Boliden.

#### **C) Vertidos de aguas residuales: ausencia del Plan de saneamiento; anulación de proyecto de estación depuradora**

La STS de 6 de abril de 2004, Ar. 5296, examina el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Santa María del Cubillo, pero no le da la razón en cuanto a su pretensión de que se declare nula la Orden de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta

de Castilla y León de 1999 que confirmaba la validez de un informe autonómico, que desaconsejaba el otorgamiento de la autorización de vertido de aguas residuales solicitado por la Corporación Local. Dicho informe desfavorable a la autorización, se basó en que en 1996, el Ayuntamiento carecía de Plan Especial de Saneamiento, ya que se había anulado el anterior, y no se había aprobado todavía uno nuevo, y ese dictamen se acoge por la Confederación Hidrográfica del Duero para denegar mediante Resolución de 1997 la modificación de la autorización de vertidos solicitada por el Ayuntamiento. La Orden de 1999 impugnada que resolvió el recurso contra ese informe autonómico entendió de manera correcta que este último no era un acto de trámite determinante de la decisión final adoptada por el Organismo de cuenca, y que por tanto el recurso administrativo o jurisdiccional debía formularse contra la denegación de la autorización (acto definitivo).

Por otro lado, la **STS de 12 de noviembre de 2004**, Ar. 7056, confirma la STSJ de Cataluña que había anulado el Acuerdo del Consejero de Medio Ambiente de la Generalitat por el que se aprobaba definitivamente el proyecto constructivo de una estación depuradora de aguas residuales. No puede prosperar el argumento del Gobierno autonómico (parte recurrente en casación) acerca de que la Sentencia de instancia carecía de motivación y que por tanto infringió los arts. 24.1 y 120.3 de la CE. El TSJ de Cataluña sí motivó su Sentencia, pues aunque la aprobación del proyecto de una estación depuradora es un acto discrecional, hay instrumentos para controlar su validez: elementos reglados, hechos determinantes, y principios generales del derecho. En concreto, el Tribunal *a quo* utilizó la técnica de control de los hechos determinantes, que en este caso puso de relieve que no se habían estudiado alternativas viables al proyecto elegido, que, por ejemplo, hubiera podido llevar a elegir la instalación de dos depuradoras, una para Sitges, y otra para Sant Pere de Ribes, y no una para los dos municipios como se pretende. También el control por los principios generales del derecho revela que concurrió arbitrariedad, es decir, ausencia de motivación legítima en el proyecto aprobado. De similar significado se encuentra la **STS de 18 de noviembre de 2004**, Ar. 8056, si bien en este caso la anulación se refiere a la modificación del PGOU de Sitges que posibilitaba la instalación de la mencionada estación depuradora.

#### **D) Zonas húmedas: Planes de urbanismo anulados por contradicción con Ley autonómica de espacios naturales protegidos**

Conforme al art. 15 de la Ley valenciana de espacios naturales protegidos (núm. 11, de 27 de diciembre de 1994) se entiende por zonas húmedas a los efectos de esta Ley, las marismas, marjales, turberas o aguas rasas, ya sean permanentes o temporales, de aguas estancadas o corrientes, dulces, salobres o salinas, naturales o artificiales, añadiéndose en su párrafo 2 que las zonas húmedas deben ser preservadas de actividades susceptibles de provocar su degradación, a cuyo fin los terrenos incluidos en las mismas serán clasificados en todo caso como suelo no urbanizable sujeto a especial protección, debiendo mantenerse dicha clasificación de suelo aun en el supuesto de desecación de la zona húmeda por cualquier causa. En la extensa **STS de 5 de mayo de 2004**, Ar. 5441, se utiliza este precepto para resolver el caso controvertido, afirmándose así que el TSJ de Valencia anuló de forma correcta el Acuerdo del

### XIII. Medio Ambiente

Ayuntamiento de Massamagrell por el que se aprobaba el Programa de Actuación Integrada, el Estudio de Detalle y el Proyecto de Urbanización (que iban a materializar la ubicación de unas edificaciones, eliminando así la zona húmeda existente en tal municipio).

El argumento aportado por la Junta de Compensación de terrenos delimitados por el Plan Parcial (parte recurrente en casación) en torno a que el TSJ de Valencia dictó Sentencia contraviniendo la clasificación del suelo que estaba prevista por el PGOU de 1982 que contemplaba la zona como suelo urbano, no puede ser atendible, ya que no cabe que una norma de naturaleza reglamentaria (que no se ha materializado en actos concretos, supuesto en el que entraría en juego el art. 9.3 de la CE que prohíbe la retroactividad de las disposiciones no favorables) contradiga una norma de rango legal, como es la Lag. de 1985, cuyo art. 103 obliga a la protección de las zonas húmedas (posterior art. 111 del TR de Lag. de 2001), y la Ley de espacios naturales protegidos valenciana de 1994 antes citada que prescribe el mandato de que las zonas húmedas sean clasificadas como suelo no urbanizable de especial protección.

#### **8. AGUAS MARÍTIMAS. USO PRIVATIVO DEL DEMANIO MARÍTIMO: LA PREVISIÓN DE OBRAS EN UN INSTRUMENTO DE PLANEAMIENTO MUNICIPAL NO GENERA EN LA ADMINISTRACIÓN COSTERA EL DEBER DE OTORGAR LA CONCESIÓN DE UTILIZACIÓN DEL DEMANIO SOBRE EL QUE PRETENDEN APOYARSE, SI DEGRADAN EL ENTORNO**

Como taxativamente recuerda la STS de 4 de noviembre de 2004, Ar. 328 de 2005, el hecho de que la Administración de Costas no se opusiera en su día a la aprobación de un Plan Parcial en el que se preveía la construcción de un puente que debía apoyarse sobre el dominio público marítimo-terrestre, no le impone el deber de conferir el título preciso para una legítima utilización demanial, que puede ser denegado por razones de interés público debidamente motivadas. Entre estas razones destacan las de carácter ecológico, siendo justificación suficiente –y, por ende, desvirtuadora de una hipotética desviación de poder– que el entorno costero y la respetuosa ordenación ambiental del mismo puedan verse degradados como consecuencia de tal construcción.

#### **9. FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL**

##### **A) Aguas continentales**

##### **a) Cánones de saneamiento y otros tributos hídricos regionales: varias cuestiones**

Reseñamos el contenido de varias sentencias referidas a aspectos variados de los cánones de saneamiento y otros tributos hídricos regionales.

La STSJ de Cataluña de 28 de julio de 2004, Sala de lo contencioso-administrativo, JT 1476, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Resolución de la Junta Superior de Finanzas, recaída en reclamación, deducida contra liquidación

girada en concepto de incremento de tarifa de saneamiento correspondiente al ejercicio 1994. La cuestión de fondo se refería a la eficacia temporal de una declaración en relación a la carga contaminante (fundamental para determinar el importe de la exacción) que pretendía completar la presentada inicialmente en la que no se contemplaban estos datos. Se consideró que la posterior declaración en la que se aportan dichos datos fue una nueva declaración y no una modificación de la anterior, lo que determinó su eficacia a partir del trimestre natural siguiente a su presentación.

La **STSJ de Cataluña de 17 de noviembre de 2004**, Sala de lo contencioso-administrativo, JT 2005/9, desestima el recurso interpuesto contra varias resoluciones de la Junta Superior de Finanzas sobre liquidaciones en concepto del hoy absorbido por el canon del agua canon de infraestructura hidráulica. Se alegaba por la recurrente, primero, que tenía una concesión administrativa que impedía la aplicación de este tributo, ya que se infringiría el principio de jerarquía normativa por la aplicación de la Ley de Aguas; y, segundo, que las obras de infraestructura las había realizado la propia demandante y estaban finalizadas. El TSJ rechaza de plano el primer argumento, a la vista del hecho imponible del tributo regional. Respecto del segundo, advierte que el tributo es exigible con independencia de que el titular haya realizado las obras de infraestructura necesarias para el aprovechamiento que tiene concedido y en tanto que el canon se dirige a financiar las obras de infraestructura general.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Valencia estima el recurso contencioso-administrativo en relación con liquidación girada en concepto de canon de saneamiento. Se trata de la **STSJ de Valencia de 12 de mayo de 2004**, JT 1678. Se basa la estimación en el establecimiento por vía reglamentaria de requisitos formales añadidos *ex novo* a los legalmente establecidos para la fijación de coeficientes correctores determinantes de la cuota tributaria. Por otra parte, aunque la Ley contemplaba deducciones por propia depuración, el necesario desarrollo reglamentario no materializa esas previsiones, de manera que la indicación legal terminaba siendo no operativa.

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.** A) Título de Obtención Vegetal e inscripción en el Registro de Variedades Protegidas. Plazo para resolver y sentido del silencio administrativo. **3. Concentraciones parcelarias de las zonas de Tafalla y Galilea.**

**4. Aranceles. Determinación del valor en aduana. 5. Ayudas.** A) Denegación de subvención por baja definitiva de buque. B) Modernización industrial. Incompatibilidad con otra subvención previa. **6. Cajas de ahorro. Exenciones fiscales. 7. Comercio interior. Competencias Estado-Comunidades Autónomas. 8. Denominaciones de origen.**

A) Denominación de origen Rioja. Principio de legalidad en materia sancionadora. B) Denominaciones de origen. Denominación de origen Navarra. Libre circulación y embotellado de vinos. **9. Derecho de la competencia. Abuso de posición dominante. Venta a pérdida. 10. Energía eléctrica.** A) Parques eólicos. Procedimiento para la autorización de parques eólicos. B) Parques eólicos. Ubicación en zona protegida. Denegación de adjudicación de potencias eléctricas conectables a redes eléctricas insulares.

C) Condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión. D) Primas al consumo de carbón autóctono. Habilitación legal. Fijación mediante Decreto aprobado por el consejo de ministros. **11. Industria. Seguridad y medioambiente. 12. Telecomunicaciones.** A) Reservas de numeración. B) Asignación de números. C) Inclusión de datos de abonados en guías y servicios telefónicos. D) Televisión digital terrestre. Nueva modalidad de prestación del servicio. Alcance de la reserva de ley. Naturaleza jurídica y contenido de los reglamentos técnicos.

**13. Transportes.** A) Auto-taxi. a) Desestimación de recurso indirecto contra el Reglamento de 1979. b) Tarifas. **14. Venta de tabaco. Concesiones administrativas y régimen sancionador. Relaciones especiales de sujeción.**

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se incluye el examen de las sentencias del Tribunal Constitucional comprendidas entre la 180/2004, de 2 de noviembre, hasta la 83/2005, de 7 de abril, así como las sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los cuadernos de Aranzadi 26 a 33 de 2004 y 1 a 3 de 2005.

## 2. AGRICULTURA

### A) Título de Obtención Vegetal e inscripción en el Registro de Variedades Protegidas. Plazo para resolver y sentido del silencio administrativo

La STS de 11 de marzo de 2004, Ar. 7809, desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa “Semillas Batlle, SA” contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de julio de 2001. Esta sentencia había desestimado, a su vez, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esa misma entidad contra la Resolución del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación que deniega la solicitud de título de Obtención Vegetal e inscripción en el Registro de Variedades Protegidas.

En breve, los hechos enjuiciados son los siguientes. La empresa mencionada presentó el 23 de enero de 1997, ante el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, solicitud de título de Obtención Vegetal, así como de inscripción en el Registro de Variedades Protegidas, de la variedad de semilla de trigo duro denominada “Vitromax”. No habiéndose resuelto de forma expresa sobre dicha solicitud, el 29 de diciembre de 1998 la empresa interesada solicita certificado de acto presunto estimatorio. Como tampoco se le expidió dicho certificado, considerando estimada su solicitud, el 2 de febrero de 1999 presenta nuevo escrito en el que se pedía la expedición del título y la inscripción. La Administración responde ahora argumentando que la legislación aplicable prevé que se efectúe un ensayo de campo mediante el cultivo de las semillas durante dos años, de manera que el expediente no estaba concluido y, por tanto, no podían entenderse producidos los efectos del silencio administrativo. Tras un intercambio de escritos, la empresa considera finalmente denegada su solicitud y recurre a los tribunales. Al fin se llega a la Audiencia Nacional que, en la citada Sentencia de 18 de julio de 2001, desestima el recurso.

Dos son las cuestiones que se plantean ante la Audiencia Nacional, cuyo criterio es confirmado por el Tribunal Supremo. Y las dos se refieren al juego del silencio administrativo en el caso enjuiciado. La primera es la determinación del plazo para dictar un acto administrativo expreso de que se dispone en estos supuestos. La parte recurrente considera que es el general de tres meses. El tribunal, sin embargo, comparte el criterio de la Administración de que “en los procedimientos de este tipo el plazo no puede determinarse a priori. Pues la Orden de 16 de noviembre de 1978, reguladora de la materia, prevé que los ensayos de campo del cultivo de la variedad de semillas han de durar un mínimo de dos

## XIV. Derecho Administrativo Económico

años, como ha sucedido en el caso de la variedad vegetal de que ahora se trata. Por otra parte, se requiere que en el procedimiento sea dictado informe preceptivo del Registro de la Propiedad Industrial, que puede interrumpir los plazos de la tramitación (...) A la vista de ello se considera que, en estos procedimientos, no puede aplicarse el plazo común de tres meses” (FJ 2º).

La segunda cuestión consiste en la determinación del sentido del silencio. La empresa recurrente entiende que estamos ante un supuesto de silencio positivo y, por tanto, debe entenderse concedida su solicitud. El tribunal no acoge esta tesis: “La Audiencia Nacional hace constar que se incorpora a los autos un detallado informe administrativo, del que se desprende que estamos ante un supuesto concreto o particular de propiedad industrial, regulado por la Ley 12/1975, de 12 de marzo, de Protección de Obtenciones Vegetales. Con fundamento en dicho informe, se acoge el criterio de la Administración demandada, según el cual se trata de una propiedad especial. En el supuesto, el silencio de la Administración ha de entenderse desestimatorio, por no haber un derecho preexistente y tratarse de transferencia de facultades relativas al dominio público” (FJ 2º).

### 3. CONCENTRACIONES PARCELARIAS DE LAS ZONAS DE TAFALLA Y GALILEA

La STS de 5 de octubre de 2004, Ar. 7395, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Agrupación Navarra Amigos de la Naturaleza contra la Sentencia de 11 de marzo de 2002 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Esta sentencia había desestimado, a su vez, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esa misma entidad contra el acuerdo del Gobierno de Navarra de 15 de febrero de 1999, que inadmite el recurso ordinario interpuesto contra el Decreto Foral 336/1998, de 23 de noviembre, sobre declaración de utilidad pública y urgente ejecución de la concentración parcelaria de la zona de Tafalla.

El Tribunal Supremo accede a la causa de inadmisibilidad alegada por la parte recurrida. Según el tribunal, en efecto, “el hecho de que hubiera o no sido procedente tramitar el procedimiento adecuado para la desafectación de bienes comunales, antes de iniciar la concentración parcelaria, es cuestión que no se puede válidamente denunciar al amparo del apartado b) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción” (FJ 2º).

Por su parte, la STS de 13 de octubre de 2004, Ar. 7141, desestima también el recurso de casación interpuesto por la entidad “Finca Barbares, SL” contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 11 de diciembre de 2001. Esta sentencia había desestimado, a su vez, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esa misma entidad contra la Resolución de 27 de marzo de 2000 de la Consejería de Agricultura del Gobierno de La Rioja, que había desestimado el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 18 de octubre de 1999 del Director General de Desarrollo Rural, sobre aprobación de bases de la concentración parcelaria de la zona de Galilea.

El recurso de casación se funda en la presunta infracción de los arts. 187, 173 y 226 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Tesis que es rechazada por el Tribunal Supremo en la citada sentencia.

El art. 187 precisa que podrán ser excluidas de la concentración los sectores o parcelas que no puedan beneficiarse de ella por la importancia de las obras o mejoras incorporadas a la tierra, por la especial naturaleza o emplazamiento de ésta o por cualquier otra circunstancia. La parte recurrente alega, en síntesis, que estas circunstancias del precepto concurren en el supuesto de autos. Alegación rechazada por el tribunal: “pues, como bien refiere la parte recurrida, lo que el recurrente pretende es una nueva valoración de los hechos y ello no está permitido en casación, ni menos cuando ni siquiera se alega la infracción de las normas sobre la valoración de la prueba” (FJ 2°).

En relación con la presunta infracción del art. 173 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, la recurrente alega que la superficie de su finca es de 199 hectáreas, cien veces superior a la unidad mínima de cultivo y que, además, se ha incrementado durante el procedimiento a 208 hectáreas. Añade que se trata de un coto cerrado anejo al perímetro concentrado y que, por ello, no le afecta el fin esencial de la concentración, que es el de constituir terrenos de dimensiones adecuadas. De manera que, integrando los hechos, de conformidad con lo establecido en el art. 88 de la Ley de la Jurisdicción, afirma la parte que procede la exclusión de su finca de la concentración. La sentencia tampoco comparte este razonamiento, “pues lo que realmente el recurrente interesa no es la integración de los hechos, que autoriza el artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, y sí una nueva valoración de la prueba” (FJ 3°).

Por último, se alega la presunta infracción del art. 226 de la mencionada Ley. Lo que nuevamente es rechazado por el tribunal: “Pues, aunque es cierto, como el recurrente alega, que el art. 226 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario refiere que no se tendrán en cuenta las mejoras realizadas por el propietario sin la autorización de la Administración, a los efectos de clasificar y valorar las tierras, no hay que olvidar, por un lado, que cuando la norma se refiere a clasificar, también se puede entender que lo es para valorar o no las condiciones de las fincas a los efectos de su exclusión o inclusión, y por otro, que como la Administración, para incluir o excluir una finca en la concentración, ha necesariamente de valorar las condiciones existentes en el momento en que tal declaración de exclusión o inclusión se hace, por tanto, no se pueden tener en cuenta las actuaciones posteriores, pues el acto se ha de revisar de acuerdo con las circunstancias y condiciones existentes en el momento en que la Administración dicta el acto impugnado, y por ello, también a los efectos de inclusión o exclusión de la finca, ni se podían tener en cuenta las obras o mejoras realizadas con posterioridad ni las adquisiciones posteriores que la propietaria ha hecho para eliminar los enclaves que en la finca existían, pues, entre otros, eran circunstancias desconocidas para la Administración” (FJ 4°).

### 4. ARANCELES. DETERMINACIÓN DEL VALOR EN ADUANA

La STS de 6 de noviembre de 2004, Ar. 7836, desestima el recurso de casación interpuesto por “Solvay, SA” contra la Sentencia de 15 de octubre de 1998 de la Audiencia Nacional, que niega las pretensiones del recurrente contra el Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de 8 de junio de 1995, que, a su vez, rechaza dos reclamaciones contra las resoluciones del Jefe Nacional de Aduanas e Impuestos Especiales de 9 de diciembre de 1993 y de 4 de enero de 1995, sobre liquidación de los derechos de importación e impuesto sobre el valor añadido por importaciones realizadas en los ejercicios de 1991 y 1992.

El problema suscitado se resume en definir cuál es la correcta determinación del valor en aduana de las importaciones realizadas por Solvay —como sucursal de la firma belga Solvay y CIE— de algunas mercancías, procedentes de la casa principal y del resto de empresas que hacen parte del grupo económico, realizadas con el objeto de ser entregadas a los destinatarios finales en España. A dicho interrogante responde el tribunal que el valor no puede ser otro que el de la transacción entre la matriz y el cliente definitivo, sobretodo si se tiene en cuenta que la venta se produce y perfecciona antes del despacho de las mercancías. Al no existir una venta real entre la empresa exportadora y la sucursal importadora, la base imponible debe ser el precio efectivamente pagado o por pagar.

### 5. AYUDAS

#### A) Denegación de subvención por baja definitiva de buque

Denegada una subvención por baja definitiva de un buque, se interpuso recurso que fue desestimado en primera instancia. Recurrída la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, el Tribunal Supremo desestimó el recurso casacional en us STS de 24 de noviembre de 2004, Ar. 8108.

El argumento central del Tribunal Supremo para confirmar la sentencia impugnada es que la petición de subvención adolecía de un requisito insubsanable, concretamente, la entrega temporánea de la información censal.

El Tribunal da una fuerza especial a este argumento, ya que en base al mismo no aprecia la existencia de vulneración del principio de confianza legítima. Así, afirma que:

“aun admitiendo que la conducta de la Administración pudiese ofrecer serios indicios, en este caso, de que se dará satisfacción a las pretensiones del solicitante, ello no significa que pueda exigirse la efectiva satisfacción de las mismas cuando la Administración ha de ajustarse a una conducta normativamente reglada y se aprecia la ausencia de uno de los requisitos legales que permitan acceder a lo solicitado. Eso es lo que se razona acertadamente en el fundamento jurídico sexto (duplicado) como razón de la desestimación del otorgamiento de la subvención, en pro de cuya obtención se aduce el motivo que ahora

comentamos. Y bien recientemente (Sentencia de 20 de mayo de 2004) ha tenido esta Sala ocasión de recordarlo así, precisamente con relación a la caducidad del permiso de construcción de un buque pesquero, cuando hace primar la realidad de la caducidad legal operada sobre cualquier tipo de expectativas que hubiese podido despertar la actuación de la Administración en aquel caso, siguiendo en este punto el criterio ya sentado en otras resoluciones anteriores [por todas, Sentencias de 18 de diciembre de 2003 y 9 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1586)].

Adoleciendo la solicitud de subvención del requisito legal de acceso al Censo de la Flota Pesquera Operativa en el plazo preciso establecido, no puede pretenderse con éxito obtener su concesión sobre la única base de una confianza en la posterior decisión contraria de la Administración, derivada de las carencias e irregularidades formales que se desprenden del expediente, aunque las sucesivas notificaciones y requerimientos que hubo de recibir la demandante pudiesen haber engendrado la creencia de que, una vez subsanados los defectos apuntados, le sería otorgada la subvención”.

La sentencia que comentamos examina otro tema de interés. La recurrente planteó en su recurso la nulidad del acuerdo que denegó la subvención y supletoriamente que se reconociera la responsabilidad administrativa por defectuosa tramitación del procedimiento.

El Tribunal Supremo manifestó que no es posible unir en un mismo recurso una acción de nulidad y la acción de responsabilidad, pues ello supone obviar los trámites propios de la acción de dicha responsabilidad. Cuestión diversa es que una sentencia de anulación reconociera el derecho a una indemnización.

### **B) Modernización industrial. Incompatibilidad con otra subvención previa**

La STS de 4 de noviembre de 2004, Ar. 7792, confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que desestimó el recurso frente al acuerdo de denegación de una subvención del programa de modernización industrial. El acuerdo denegatorio se basó en el hecho de haber ya sido subvencionada la inversión por los beneficios que otorga el RD 1462/1986, de 13 de junio.

En su sentencia el Tribunal Supremo examina la normativa aplicable y concluye que la misma establecía la incompatibilidad de la subvención solicitada con la ya recibida, por lo que debe desestimar el recurso y confirmar el acuerdo impugnado.

## **6. CAJAS DE AHORRO. EXENCIONES FISCALES**

La STC 10/2005, de 20 de enero, resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad (acumuladas) planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sobre el art. 9.7 del Decreto 3313/1966, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del impuesto sobre actividades y beneficios comerciales e industriales.

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

En realidad, se trata de un supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida, que el órgano judicial proponente pudo haber solucionado inaplicando la norma preconstitucional en el proceso *a quo*, aunque es igual de legítimo que haya decidido deferir el examen al Tribunal Constitucional. En concreto, se plantea si el precepto de referencia, que exige a las cajas de ahorro de la licencia fiscal al impuesto industrial en cualquier actividad que realicen, es respetuoso con los arts. 14, 31.1, 38 y 133.3 CE.

Ante todo, el Tribunal Constitucional expone, de forma extensa y detallada, la evolución legislativa de la exención discutida y de las cajas de ahorro (FJ 3º), lo que le permite constatar que, desde la inicial configuración de las cajas de ahorro como entidades benéfico-sociales, se ha dado paso —en virtud del propio crecimiento y de la importancia actual de su actividad crediticia— a su consideración como entidades de crédito dentro del sistema financiero (FJ 6º), donde los fines que hoy persiguen ya no son principalmente benéficos, sino los propios de una entidad de crédito (en igual sentido, SSTC 48/1988 y 49/1988, ambas de 22 de marzo).

En consecuencia, desarrollan una actividad crediticia, que debe someterse a las leyes del mercado comunes a ellas y a los demás intermediarios financieros. Por este motivo, prosigue el Tribunal Constitucional, “ni aunque se admitiera la ausencia de ánimo lucrativo que tienen estas ‘entidades financieras’ por destinar parte de sus beneficios a la obra social, o bien a actividades culturales, se alteraría la conclusión, pues tanto la entonces licencia fiscal, como el actual impuesto de actividades económicas, son tributos que gravan el ‘mero ejercicio’ de actividades económicas (...), siendo la actividad mercantil de las cajas de ahorro una actividad económica de carácter empresarial”.

La igualdad ante la ley tributaria, que concreta y modula el alcance del art. 14 CE, resulta indisociable de los principios de generalidad, capacidad económica, justicia y progresividad (art. 31.1 CE). Desde esta perspectiva, la exención, como quiebra del principio de generalidad que rige la materia tributaria, al neutralizar la obligación de un hecho revelador de capacidad económica, es constitucionalmente válida siempre que responda a fines de interés general que la justifiquen (por ejemplo, por motivos de política económica o social, para atender al mínimo de subsistencia, etc.) En caso contrario, la exención queda proscrita por la Constitución (FJ 5º).

La aplicación de esta doctrina constitucional al caso examinado permite al Tribunal Constitucional destacar que, de la misma manera que la exención sobre la parte no lucrativa o benéfica de la actividad de las Cajas de ahorro responde esencialmente a la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, del art. 1.1 CE (STC 134/1996, de 22 de julio, FJ 6º), la extensión de la exención a la parte puramente mercantil, comercial, financiera y, por ende, lucrativa, no encuentra justificación alguna en el texto constitucional, y, consecuentemente, vulnera el principio de legalidad tributaria, al faltarle una justificación razonable.

Resulta de gran interés destacar que el Tribunal Constitucional se detiene en señalar, a mayor abundamiento, que esta conclusión viene avalada también por el Derecho Co-

munitario y, pone como ejemplo “la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 15 de marzo de 1994, asunto C-387/92, que consideró contrarias al Derecho comunitario, por ser ayudas de Estado, aquellas exenciones fiscales a favor de entidades públicas o privadas que las coloquen ‘en una situación más favorable que a otros contribuyentes’, y ello en una cuestión prejudicial que (...) versaba precisamente sobre legislación española (...), y que establecía exenciones fiscales a favor de entidades públicas de crédito”.

En conclusión, la exención prevista en el art. 9.7 del Texto refundido de la Ley del impuesto sobre actividades y beneficios comerciales e industriales es contraria a la Constitución sólo en la medida en que es aplicable a la parte mercantil de las cajas de ahorro, por vulneración de los arts. 14 y 31.1 CE.

## **7. COMERCIO INTERIOR. COMPETENCIAS ESTADO-COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

La **STC 254/2004, de 22 de diciembre**, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en relación con la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1994, de 6 de junio, de calendario y horarios comerciales.

El fondo de la cuestión se centra en determinar a quién corresponde la competencia para dictar la norma que tipifica la infracción y sanción por apertura de establecimiento en domingo o festivo no autorizado, tomando en consideración el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, en la medida que éste era el vigente cuando recayó la resolución sancionadora que se discute en el proceso a quo.

El Tribunal Constitucional examina el título competencial en el que debe incardinarse la regulación de los horarios de apertura y cierre de los establecimientos comerciales. Lo cierto es que el Tribunal Constitucional no se detiene excesivamente en esta determinación del título competencial, y se limita a aplicar su jurisprudencia anterior: en particular, la STC 284/1993, de 30 de septiembre, con remisión a la STC 225/1993, de 8 de julio, y la STC 124/2003, de 19 de junio (citada esta última en *Justicia Administrativa*, núm. 21, 2003). En este sentido, señala que el régimen sancionador en relación con los horarios comerciales corresponde a la materia de “comercio interior”, respecto de la cual el Estado puede incidir por medio del título que le reconoce el art. 149.1.13 CE, si bien cada Comunidad Autónoma, dentro de su ámbito territorial, puede ejercer las competencias de desarrollo normativo y/o ejecución, según lo establecido en el respectivo Estatuto en materia de “comercio interior”.

El Estatuto de Autonomía, en el momento de la aprobación de la Ley 4/1994, y de la imposición de la sanción, no atribuía a la Comunidad de Madrid la competencia normativa necesaria para dictar válidamente las normas que se cuestionan, sino sólo la competencia

## XIV. Derecho Administrativo Económico

de ejecución. Por ello, el Tribunal Constitucional concluye que los preceptos legales examinados han excedido la competencia contenida en el Estatuto autonómico, y vulneran el art. 149.3 CE, que asigna al Estado las competencias no asumidas por las Comunidades Autónomas en sus Estatutos, sin que sea necesario valorar si, además, hay una vulneración del art. 149.1.13 CE.

Ahora bien, la Ley Orgánica 5/1998 modificó las competencias de la Comunidad de Madrid previstas en su Estatuto de Autonomía, de modo que con posterioridad a la citada Ley Orgánica, la Comunidad de Madrid ya ostentaría la competencia normativa en materia de comercio interior. La aplicación de los efectos propios de una declaración de inconstitucionalidad comportaría la nulidad de unos preceptos legales autonómicos que, en el momento de pronunciar la sentencia por parte del Tribunal Constitucional, y como consecuencia de la modificación estatutaria, al menos cabría discutir si siguen siendo inconstitucionales. Así se deduce del texto de la sentencia, porque ésta no lo señala expresamente.

Ante esta situación, el Tribunal Constitucional ya anticipa a lo largo de la sentencia que hay que huir de automatismos, y que la solución ha de venir dada en función de la incidencia real de la derogación, y no de criterios abstractos (FJ 5º). Añade que en un buen número de ocasiones los motivos de inconstitucionalidad de la Ley que se le plantean, se sustentan en el orden de distribución de competencias, y que el canon de enjuiciamiento existente para los recursos de inconstitucionalidad basados en motivos de naturaleza competencial es distinto que para las cuestiones de inconstitucionalidad (FJ 8º). Por todo ello, el Tribunal Constitucional confirma la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 10.1 y 11.1.c) de la Ley autonómica 4/1994, pero no con el efecto de su nulidad, sino con el de su inaplicabilidad por el órgano judicial en el proceso *a quo*.

En cualquier caso, debe señalarse que el día antes de dictarse la sentencia comentada había sido promulgada la Ley (estatal) 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, cuyo art. 6 determina que corresponde a las Comunidades Autónomas el establecimiento del régimen sancionador.

### 8. DENOMINACIONES DE ORIGEN

#### A) Denominación de origen Rioja. Principio de legalidad en materia sancionadora

La STS de 21 de junio de 2004, Ar. 7935, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en representación de la Administración General del Estado, contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 23 de marzo de 2003. Esta sentencia había estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad mercantil “Bodegas Castresana, SA” contra la sanción que le había impuesto el Director General de Alimentación (confirmada por el Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación) por la realización de una conducta que la Administración entendía constitutiva de infracciones tipificadas en determinados artículos del Reglamento de la Denominación de Origen Rioja.

En el primero de los fundamentos jurídicos de la citada sentencia, el Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre los requisitos del recurso de casación para la unificación de doctrina. De este modo, subraya la exigencia de “un doble fundamento: la existencia de una contradicción entre la sentencia impugnada y la sentencia o las sentencias alegadas en contraste, e infracción del ordenamiento jurídico por la sentencia impugnada”.

El primer requisito se entiende cumplido: “En el presente caso puede apreciarse contradicción suficiente entre la sentencia recurrida y las ofrecidas de contraste” (FJ 2º). Las de contraste alegadas son las Sentencias de 9 de mayo de 2001, Ar. 4248, 15 de octubre de 2001, Ar. 10190, 10 de diciembre de 2001, Ar. 4823 y 6 junio de 2002, Ar. 8603. La sentencia recurrida estima contrario al principio de legalidad en materia sancionadora el sistema de infracciones previsto en el Reglamento de la Denominación de Origen Rioja, no contando las infracciones analizadas con cobertura suficiente ni en la Ley 25/1970, de 2 de diciembre, del Estatuto del Vino, ni en el Decreto 835/1972, de 23 de marzo, del Reglamento de la Viña. Por el contrario, las otras sentencias alegadas enjuician conductas similares y consideran suficientes, desde la exigencia del principio de legalidad, la previsión normativa contenida en el Reglamento de la Denominación y en la Ley del Estatuto del Vino y de su Reglamento.

El recurso de casación se desestima, no obstante, por no entenderse cumplido el segundo de los requisitos: “La sentencia recurrida, sin embargo, como consecuencia de la indicada contradicción no incurre en la infracción del ordenamiento jurídico que le atribuye el Abogado del Estado. O, dicho en otros términos, a la vista de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 52/2003 y 132/2002, entre otras, ha de entenderse que el criterio correcto es el que sigue la sentencia dictada por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja” (FJ 3º).

### **B) Denominaciones de origen. Denominación de origen Navarra. Libre circulación y embotellado de vinos**

La STS de 22 de noviembre de 2004, Ar. 342, estima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 21 de enero de 2000. Esta sentencia había estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad mercantil “Vinos Catalán Bozal, SA” contra el acuerdo del Consejo Regulador de la Denominación de Origen Navarra de 6 de noviembre de 1995 (confirmado por el acuerdo del Gobierno de Navarra de 11 de marzo de 1996) por el que se denegaba la solicitud de libre circulación y embotellado de vinos de mesa en las bodegas que, la entidad solicitante, posee en Corella (Navarra). Esta denegación se funda en la aplicación de la Orden de 26 de julio de 1975, que aprueba el Reglamento de la Denominación de origen Navarra y su Consejo Regulador.

El Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida y, consiguientemente, desestima el recurso contencioso interpuesto por la entidad mercantil contra la denegación de su solicitud. No comparte este tribunal los razonamientos que llevaron al Tribunal Superior de Justicia de Navarra a dictar la sentencia que ahora se anula.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

De este modo, el Tribunal Supremo entiende que no concurre infracción del Derecho Comunitario, fundamentalmente del art. 6 del Reglamento 823/1987, de 16 de marzo, que la sentencia impugnada, en cambio, afirmaba infringido por el Reglamento de la Denominación de origen Navarra, en cuanto impone restricciones al almacenamiento y embotellado de vinos (FJ 2º). Afirma también que no puede sacarse la consecuencia que se plasma en la sentencia recurrida, al entender que la Comunidad Foral de Navarra no ha ejercitado sus potestades legislativas y se ha producido, por ello, una laguna legal que debe cubrirse con la aplicación supletoria de la normativa estatal (FJ 4º). Y, finalmente, se niega igualmente la existencia de vulneración de los principios de libre circulación de mercancías y libertad de empresa (FJ 5º).

### **9. DERECHO DE LA COMPETENCIA. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE. VENTA A PÉRDIDA**

La STS de 13 de diciembre de 2004, Ar. 8177, estima el recurso de casación interpuesto por “Altadis Toledo” contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2001, que declaró ajustado a derecho el acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de febrero de 1999, por el que se declaró que la empresa tabacalera, dado su poder dentro del mercado, al vender entre los años 1990 a 1993 algunos tipos de cigarrillos “Farias” a un precio inferior al de su coste de producción y comercialización, había incurrido en una práctica prohibida de abuso de posición dominante. Como consecuencia de ello, fue objeto de una multa.

El tribunal hace en primer lugar un estudio de los requisitos exigidos por la legislación y la jurisprudencia nacional y comunitaria para la configuración de la conducta de venta a pérdida (predatoria) como una de las múltiples modalidades que pueden dar lugar a la figura del abuso de posición dominante. Entre los aspectos más relevantes a destacar se encuentra: el que la lista de comportamientos que trae la normativa vigente (art. 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia) no sea taxativa, sino meramente ejemplificativa, por lo que no se agotan todas las posibilidades; se está ante un supuesto de infracción administrativa, lo que de suyo implica la necesidad de tener en cuenta los principios del Derecho Administrativo sancionador, especialmente los que hacen referencia a la intencionalidad y a la resolución a favor en caso de duda razonable.

Continúa argumentando que la conducta de venta a pérdida, debe estudiarse mediante dos métodos de análisis diferentes para poder constatar si una empresa ha incurrido en el supuesto de hecho que constituye la infracción. En primer lugar, si los precios son inferiores a la media de los costes variables se presume que la intención perseguida por el agente económico es precisamente la eliminación de sus competidores. Por contrario, si los precios son superiores a la media de los costes variables, pero inferiores a la media de los costes totales, la intencionalidad no puede presumirse, desplazándose la carga de la prueba.

El tribunal considera que la sentencia impugnada no tuvo en cuenta los criterios expuestos. El elemento subjetivo que debe acompañar a la estrategia dirigida a la eliminación

de otros competidores no fue considerado como determinante, sin importar que de los hechos del proceso se desprendiera que los cigarros Farias que hacían parte del mercado relevante no fueron inferiores a la media de los costes variables. Por lo tanto, no se han cumplido las exigencias del derecho sancionador.

## 10. ENERGÍA ELÉCTRICA

### A) Parques eólicos. Procedimiento para la autorización de parques eólicos

La STS de 27 de octubre de 2004, Ar. 7609, desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad “Compañía Eléctrica Peña Labra” contra la Sentencia de 18 de julio de 2001 del Tribunal Superior de Cantabria, que desestima el recurso interpuesto contra el Decreto de la Comunidad Autónoma de Cantabria 41/2000, de 14 de junio, por el que se regula el procedimiento para la autorización de Parques Eólicos.

Entre los aspectos más relevantes, se encuentra el referente a la supuesta infracción de la autonomía local por la no intervención de los municipios y entes locales menores afectados en la etapa de formación del decreto impugnado. El recurrente argumenta que son precisamente estos entes territoriales los que ostentan la titularidad de los suelos afectados. Además de concurrir en ellos competencias administrativas de carácter municipal, también concurren competencias forestales (ley de montes), lo que exige dar a las Administraciones implicadas la calidad de interesados, calidad que no se garantiza con un simple traslado del expediente como mero deber de información pública. El tribunal no da cabida al argumento esgrimido. Señala que no se ha vulnerado la garantía constitucional de autonomía local porque el trámite descrito permite que los municipios formulen alegaciones respecto del Plan que se somete a su consideración por el órgano autonómico. El no nombramiento de los entes menores en el decreto impugnado no implica la exclusión de éstos, ya que si éstos son los propietarios de los montes, su carácter de interesados es indiscutible. De la misma manera, el procedimiento diseñado permite que la autoridad competente en materia de montes emita su informe dentro del mes siguiente al que ha recibido la copia del Plan.

### B) Parques eólicos. Ubicación en zona protegida. Denegación de adjudicación de potencias eléctricas conectables a redes eléctricas insulares

La STS de 29 de junio de 2004, Ar. 8157, estima el recurso de casación interpuesto por el Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 10 de noviembre de 2000. Esta sentencia declara no ajustada a derecho la resolución de la Consejería de Industria y Comercio de 10 de octubre de 1997, por medio de la cual se denegaba la potencia de 2.250 Kw solicitada para el Parque Eólico Montaña Francisco I y II (Arinaga).

## XIV. Derecho Administrativo Económico

La sentencia recurrida basa la declaración de ilegalidad en la lectura desfavorable que se hizo del informe del Cabildo Consular, informe en el que se hizo constar que el parque se encontraba en espacio perteneciente al Área Insular Protegida, pero que se presentó fuera del plazo de 20 días establecido en la convocatoria. Las razones aducidas para negar la adjudicación de la potencia no guardan relación alguna con la puntuación obtenida dentro del concurso. Al contrario, se fundamenta en que el espacio afectado no es susceptible de los usos que se le pretenden dar. No obstante, al haberse emitido el informe extemporáneamente, éste debió haberse interpretado como favorable a la solicitud realizada por la parte recurrente.

El tribunal no comparte la apreciación hecha en la sentencia objeto de casación. La fundamentación estriba en la importancia del informe emitido por el Cabildo insular. La relevancia jurídica de su contenido debe prevalecer por ser garantía de objetividad y legalidad de la actuación administrativa. La disposición contenida en el art. 83 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, no puede entenderse de forma que vincule a la Administración a negar validez y eficacia jurídica a los informes que, aun rendidos fuera de término, pongan de manifiesto una actuación antijurídica del particular.

### **C) Condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión**

La STS de 30 de junio de 2004, Ar. 6729, resuelve el recurso interpuesto por “CIDE, Sociedad Cooperativa” contra el Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes de baja tensión. El actor impugna el apartado tres del art. 8 y el apartado dos del art. 9. La primera disposición impone la obligación a comercializadores y distribuidores de instalar los sistemas y medios informáticos necesarios para intercambiar la información a través de buzones FTP. La segunda, abre la posibilidad de conformación de un panel para la estimación del perfil de carga representativo de los consumidores con tarifas de acceso 20A y 20NA.

Los motivos que fundamentan el recurso se concentran en la desmedida carga económica que supone para los pequeños distribuidores de electricidad el cumplimiento de la exigencia del sistema informático compatible con uso de buzones FTP para enviar y recibir información. No obstante, el tribunal responde que es razonable que el titular de la potestad reglamentaria imponga en un sector regulado la utilización de instrumentos que faciliten la prestación del servicio. A ello se aúna que las empresas que se encargan de la distribución de la energía eléctrica deben ofrecer además de capacidad legal, capacidad técnica y económica para el adelanto de la actividad.

Para el tribunal, las disposiciones cuestionadas no vulneran tampoco el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución: la imposición hecha por la autoridad administrativa encuentra su justificación en permitir que otros agentes y los usuarios tengan un sistema de comunicación que resulta imprescindible en los tiempos actuales.

Tampoco hay lesión del principio de libre competencia: la medida asumida no tiene por objeto la eliminación de pequeños distribuidores en favor de aquellos que tengan una mayor capacidad.

Respecto del art. 9.2, el tribunal hace énfasis en que el panel representativo de usuarios es un mero instrumento facultativo, dada su no obligatoriedad. Constituye uno de los muchos instrumentos de que puede servirse la Administración en el momento de fijar el perfil de carga representativo de los consumidores con determinadas tarifas de acceso. En consecuencia, resulta infundado el cargo referente a la falta de garantías mínimas para asegurar la elaboración por parte de la Dirección General de Política Energética y Minas del instrumento descrito.

#### **D) Primas al consumo de carbón autóctono. Habilitación legal. Fijación mediante Decreto aprobado por el consejo de ministros**

La STS de 19 de enero de 2005, Ar. 3, estima el recurso de casación interpuesto por “Endesa, SA” contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de septiembre de 2001, que no declaró procedentes las pretensiones de la recurrente respecto de la solicitud de nulidad contra la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 29 de octubre de 1999, por medio de la cual se estableció la prima al consumo de carbón autóctono para el año 1999.

En la resolución, el principal problema a debatir es el referente a si la Orden Ministerial se ajusta a la habilitación concedida por la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. En otras palabras, lo que se pretende dilucidar gira en torno a determinar si la fijación de la prima es competencia del Gobierno o del Ministerio de Industria y Energía. El tribunal da la razón a la recurrente, argumentando que no se debe confundir la competencia para establecer los incentivos necesarios para conseguir el consumo de carbón autóctono por parte de los productores de energía eléctrica (radicada en el Gobierno), y la labor del Ministro consistente en fijar anualmente las cantidades de carbón que son objetivo de consumo (propia del Ministerio). Al regularse el incentivo mediante orden ministerial se ésta contradiciendo lo establecido por el precepto legal. Dar otra lectura al caso planteado supondría avalar, bajo la tesis de la “colaboración” en la producción reglamentaria, la sustracción de una competencia ubicada directamente en el Consejo de Ministros.

### **11. INDUSTRIA. SEGURIDAD Y MEDIOAMBIENTE**

De nuevo se plantea la necesidad de deslindar las competencias estatales y autonómicas en materia de seguridad industrial y las relativas a medio ambiente. En esta ocasión, la STC 33/2005, de 17 de febrero, conoce del conflicto positivo de competencias promovido por la Generalitat de Cataluña respecto a diversas disposiciones del Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, de aprobación del Reglamento de la infraestructura

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

para la calidad y la seguridad industrial, y del Real Decreto 85/1996, de 26 de enero, de normas para la aplicación del Reglamento (CEE) 1836/1993, del Consejo, por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales.

El conflicto se centra en el alcance de las competencias del Estado en la regulación de las entidades de acreditación de los verificadores medioambientales, previstas en el Derecho comunitario europeo y, más concretamente, sobre si puede llegar a designar dichas entidades, en concurrencia con las Comunidades Autónomas.

En este sentido, la Comunidad Autónoma considera que las disposiciones que se han impugnado otorgan al Estado unas competencias de gestión administrativa que exceden el ámbito de la competencia básica que le corresponde en materia de medio ambiente. Para el Abogado del Estado, tales disposiciones encuentran cobertura en las competencias estatales en materia de seguridad industrial, y en el art. 149.1.13 y 149.1.23 CE.

El Tribunal Constitucional constata que los Reales Decretos se han dictado en el marco de normas de carácter comunitario en España. Este dato no prejuzga cuál sea la instancia territorial a la que corresponda ejecutar la competencia, puesto que la doctrina constitucional es pacífica en el sentido de señalar que la aplicación del Derecho comunitario no altera la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Ahora bien, el examen del contenido y de la finalidad de esas normas comunitarias ayudará a precisar la materia competencial que debe aplicarse con preferencia, según señala el TC, que desde esta perspectiva aprecia que las normas comunitarias plasmadas en los Reales Decretos establecieron un sistema comunitario de ecogestión o ecoauditoría, que permitía la participación voluntaria de las empresas que desarrollaran actividades industriales, para la evaluación y mejora de los resultados de las mismas en relación con el medio ambiente. En este sistema, prosigue el TC, los verificadores medioambientales acreditados cumplen una función esencial.

A continuación, la sentencia determina los títulos competenciales que deben aplicarse en este conflicto, con particular mención para el Real Decreto 2200/1995, en la medida que el Real Decreto 85/1996 se ampara explícitamente en la materia “medio ambiente”.

Un análisis del alcance material de la normativa cuestionada conduce al TC a descartar su encuadre en la submateria “seguridad industrial”, puesto que ésta incluye las actividades públicas, en especial las de ordenación y de policía, relacionadas con la seguridad de las instalaciones y establecimientos industriales, y la de los procesos industriales, así como las actividades de normalización y homologación, según una doctrina consolidada del propio TC. En el supuesto concreto, si bien los preceptos cuestionados se refieren a un sistema que se dirige a disminuir las incidencias negativas de las actividades industriales sobre el medio ambiente, lo cierto es que no contiene aspectos relacionados directamente con la seguridad de las instalaciones; además, se extiende a cualquier tipo de organiza-

ción; finalmente, el carácter voluntario de la normativa impugnada casa mal con el carácter imperativo que suelen tener las normas en materia de seguridad industrial.

El TC también rechaza la aplicación de la materia “industria”, que ha sido interpretada por la jurisprudencia constitucional como la referida a actividades de ordenación de los sectores industriales, y a la regulación de los procesos industriales o de fabricación, aspectos estos que no se regulan en las normas objeto del conflicto.

Así, la sentencia declara que los preceptos discutidos deben incluirse, atendiendo a su contenido y finalidad, en la materia “medio ambiente”. El TC se basa en la idea de protección que subyace en toda la regulación de los verificadores medioambientales y de las entidades que han de acreditarlos, y que es característica de la materia ambiental (STC 102/1995, de 26 de junio). En efecto, el TC señala que el sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales está destinado a prevenir los efectos perjudiciales o nocivos que las actividades producen sobre el entorno ambiental y sobre los seres vivos (STC 14/2004, de 12 de febrero). Una finalidad protectora, en suma.

Una vez realizada esta delimitación de la materia, el TC recuerda cuál es la distribución competencial en la materia de “medio ambiente” (arts. 149.1.23 CE, y 10.1.6 EAC), donde destaca el carácter básico de la legislación estatal; recuerda asimismo que, por “legislación básica” en este sector material concreto, se entiende una ordenación de mínimos, que las Comunidades Autónomas han de respetar, si bien éstas pueden fijar niveles de protección más altos (STC 109/2003, de 5 de junio); y, a continuación, examina los preceptos impugnados.

En particular, la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 2200/1995, y el art. 51 del Reglamento que aquél aprueba, establecen que las entidades de acreditación de los verificadores medioambientales se rigen por el capítulo II del Reglamento. Esta remisión in totum conlleva que la Generalitat, para designar una entidad de acreditación, debe obtener informes de una entidad estatal de seguridad industrial.

El TC considera, según una interpretación lógica (y obvia) del sistema, que tales preceptos no vulneran las competencias autonómicas en materia de medio ambiente al remitir el régimen de las entidades de acreditación de los verificadores ambientales al capítulo II del Reglamento aprobado por el Real Decreto 2200/1995, puesto que, aunque se trate de una remisión general, debe interpretarse que quedan excluidos de esa remisión aquellos preceptos que tienen un ámbito de aplicación restringido a la materia de seguridad industrial. En lo demás, la Disposición Adicional Tercera y el art. 51, citados, tienen carácter de norma básica (FFJJ 8º y 9º).

En cuanto a los preceptos cuestionados del Real Decreto 85/1996, relativo a la adhesión con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales, se analiza por el TC si constituyen normas básicas en la materia de medio ambiente o si, por el contrario, carecen de esta naturaleza e invaden las competencias de la Gene-

## XIV. Derecho Administrativo Económico

ralitat de Cataluña. El Tribunal Constitucional aplica la doctrina de la STC 243/1994, de 21 de julio, y concluye que se han vulnerado las competencias autonómicas, con base en su doctrina acerca de que no hay impedimento a que los actos de las Comunidades Autónomas pueden originar consecuencias más allá de sus límites territoriales, puesto que, en otro caso, se las privaría absolutamente de todas sus competencias (STC 126/2002, de 20 de mayo). Corresponde, pues, a la Generalidad la designación de las entidades de acreditación de los verificadores medioambientales.

Finalmente, el Tribunal Constitucional no ve inconveniente en que exista la necesidad de fijar parámetros de carácter técnico al que deban ajustarse las entidades de acreditación designadas por las Comunidades Autónomas, ya que tales criterios pueden ser fijados por medio de la competencia legislativa estatal.

### 12. TELECOMUNICACIONES

#### A) Reservas de numeración

En la STS de 2 de diciembre de 2004, Ar. 8023, el TS mantiene su doctrina relativa a que no se puede compatibilizar la obtención de asignación de recursos públicos de numeración con la obtención de reservas. Dicha doctrina se elabora al interpretar de forma literal y finalista el art. 1.2 del Reglamento de Procedimiento de Asignación y Reserva de recursos públicos de numeración por la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones.

En aplicación de esta doctrina, el TS confirma la sentencia de la AN que anula un acuerdo de la CMT estableciendo determinadas reservas de numeración geográfica.

La STS de 1 de diciembre de 2004, Ar. 7460, con cita de abundante jurisprudencia anterior a la que se ha hecho referencia en esta misma sección y revista en números anteriores, se manifiesta en el mismo sentido.

#### B) Asignación de números

La competencia atribuida al Consejo de la CMT para proceder a la asignación y modificación de asignación de números para el servicio de tarjetas, prepagadas o a crédito, ha dado lugar a diversos conflictos.

La STS de 20 de enero de 2005, resuelve un conflicto exclusivamente formal, ya que la entidad recurrente, Telefónica de España, SAU, impugna el acuerdo de la CMT en el que se modificó la asignación de números a otra entidad sin haberle dado audiencia.

El TS desestima el recurso de casación, confirmando así la sentencia de primera instancia al entender que la omisión del trámite de audiencia no causó indefensión, razón por la cual no puede tener efecto invalidatorio. La inexistencia de indefensión la atribuye el TS al

hecho de que todas las cuestiones sustantivas relacionadas con la asignación de números cortos a las tarjetas de prepago o a crédito estaban al mismo tiempo siendo abordadas por el CMT en procedimientos de carácter más general en los que intervenga de modo cualificado a Telefónica de España, SAU.

Además, añade el TS, las resoluciones adoptadas en los procedimientos más amplios fueron impugnadas y confirmadas por Sentencia de la AN de 9 de julio de 2002, no impugnada por Telefónica de España, SAU.

Por último, el TS también rechaza otro motivo formal de impugnación, es decir, la motivación insuficiente de la resolución.

### **C) Inclusión de datos de abonados en guías y servicios telefónicos**

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), en relación a una petición de Retevisión, SA, adoptó un acuerdo en virtud del cual impuso a Telefónica de España, SA, como operador dominante, una serie de obligaciones relativas a la inclusión de datos de abonados en guías y servicios telefónicos.

Impugnado este acuerdo, la Audiencia Nacional desestimó el recurso señalando que el acuerdo de la CMT no pretendía fijar los criterios definitivos para la elaboración y actualización de las guías telefónicas y los datos que deben figurar en las mismas. El Tribunal entiende que el acuerdo impone unas determinadas condiciones para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación que tiene telefónica, como operador inicialmente dominante, de prestar el servicio universal de guías telefónicas y de servicios de información sobre el contenido de las mismas. Condiciones que respetan lo establecido en las Directivas Comunitarias. El Tribunal Supremo, en su **STS de 21 de julio de 2004**, Ar. 7970, desestima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de la Audiencia Nacional y afirma lo siguiente:

“el acuerdo que fue impugnado en su momento se limitaba a imponer al operador dominante esas obligaciones de servicio público al habersele solicitado por otro operador un pronunciamiento al respecto. Basta examinar la parte dispositiva del acuerdo para comprender que en él no se establecen criterios de actualización, sino que se limita simplemente a determinar la recíproca relación entre los operadores que presten el servicio telefónico fijo disponible al público y el operador dominante, permitiendo a aquéllos la remisión de los datos e imponiendo a éste su recepción e inclusión en los servicios de información (las hasta ahora denominadas páginas blancas y el servicio prestado a través del número corto 1003). En realidad se trataba, no de fijar unos criterios pormenorizados sobre cómo debía cumplirse este servicio, sino de recordar al operador dominante las obligaciones de guía telefónica que ya le venían impuestas en la normativa mencionada.

Por otra parte, no hay duda sobre la incidencia que en la libre competencia tiene la adecuada prestación del servicio de guía telefónica, pues el acceso a los teléfonos de los clientes

## XIV. Derecho Administrativo Económico

de los operadores no dominantes se vería muy mermado si en dichas guías sólo figurasen los números de los del dominante. Pues bien, también corresponde a la CMT velar por esa libre competencia (art. 4 de su Reglamento-RD 1994/1996, de 6 de septiembre), adoptando las medidas oportunas para lograr dicha finalidad, conforme le autoriza el art. 1.Dos.2.f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las telecomunicaciones”.

### **D) Televisión digital terrestre. Nueva modalidad de prestación del servicio. Alcance de la reserva de ley. Naturaleza jurídica y contenido de los reglamentos técnicos**

La STS de 30 de diciembre de 2004, Ar. 89 de 2005, estima el recurso de casación interpuesto por “Sogecable, SA” contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de junio de 2001, que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden del Ministerio de Fomento de 9 de octubre de 1998. Esta Orden aprobaba el Reglamento Técnico y de Prestación del servicio de Televisión Digital Terrestre.

El problema jurídico que se debate consiste en determinar si la aprobación de la Orden del Ministerio de Fomento extralimita la habilitación legal contenida en la Disposición Adicional Cuadragésima Cuarta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al tratar ésta temas que no corresponden directamente a un reglamento de naturaleza técnica, regulando de forma directa aspectos esenciales del régimen jurídico de la prestación del servicio de televisión terrestre digital, incurriendo así, en extralimitación de la potestad reglamentaria al modificar la legislación existente y vulnerando el principio de reserva de ley que exige la Constitución para la regulación de los aspectos esenciales de esta actividad.

El Tribunal Supremo subraya que dentro del ordenamiento jurídico español sólo existen tres clases de servicio de televisión de acuerdo con el tipo de infraestructura que se utilice para su prestación: la televisión terrenal (Ley 4/1980, de 10 de enero; Ley 46/1983; Ley 10/1988, de 3 de mayo; Ley 41/1995, de 22 de diciembre), la televisión suministrada utilizando ondas de satélite (Ley 37/1995, de 12 de diciembre) y los servicios de televisión por cable (Ley 42/1995, de 22 de diciembre). La norma impugnada sólo abarca la primera modalidad cuando el servicio se proporciona bajo tecnología digital, puesto que el proceso que se pretende adelantar mediante dicha regulación es sustituir progresivamente la tecnología analógica. Por tanto, no se está ante una nueva forma de prestación del servicio con un régimen propio diferenciado, que continúa siendo uno solo. Cosa distinta es que durante un tiempo determinado estas dos tecnologías coexistan. En consecuencia, su regulación sigue encontrándose en las disposiciones que se han expedido sobre la materia.

De este modo, es lógico que todos aquellos aspectos que sean necesarios para la implementación de la nueva tecnología no requieran la aprobación de una norma con rango de ley. Si lo que se busca es flexibilidad e inmediatez en la implementación de aspectos técnicos que permitan que el servicio se adapte de forma más ágil a nuevas necesidades, es coherente que no corresponda al legislador la regulación de detalles, éstos deben ser

dejados a una norma de carácter reglamentario. Es éste el alcance que debe tener la Disposición Adicional Cuadragésima Cuarta de la Ley 66/1997, norma que habilita al Gobierno para dictar los planes técnicos para la prestación de los servicios de radiodifusión y de televisión digital terrestre y al Ministro de Fomento para aprobar los reglamentos técnicos y de prestación de los servicios a los que se refiere expresamente el artículo mencionado. Por ello, el tribunal reitera que el objeto de este tipo de normas es abordar “los aspectos técnicos de la prestación del servicio de televisión digital terrestre, para garantizar que dicha prestación se efectúe por todos los eventuales prestatarios del mismo de conformidad con los estándares técnicos y con los niveles de calidad que la Administración considere pertinentes”.

Partiendo de las motivaciones anteriores, el tribunal procede a explicar las razones que justifican la declaración de nulidad. De forma principal sostiene que, en el caso en concreto, se presentó una extralimitación de la facultad que se radicaba en el Ministro de Fomento para la expedición de los planes técnicos. La Orden expedida es un verdadero reglamento general sobre la prestación del servicio de televisión digital: en ella se regulan aspectos relacionados directamente con su gestión directa e indirecta, llegando incluso a pronunciarse sobre las condiciones y requisitos para el adelanto de la actividad. Adicionalmente, también se reprocha que en la norma impugnada no sólo se hace reiteración de disposiciones vigentes, sino que se va mucho más allá al hacer diferencias técnicas entre la televisión analógica y la digital, suponiendo variaciones respecto de la regulación ya existente, por ejemplo, en temas concretos como la diferenciación entre canales y programas o la asignación de canales multiprograma.

### 13. TRANSPORTES

#### A) Auto-taxi

##### a) Desestimación de recurso indirecto contra el Reglamento de 1979

Impugnado indirectamente el Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transporte de Automóviles Ligeros, aprobado por RD 763/1979, de 16 de marzo, el Tribunal Supremo, en **SSTS de 16 de diciembre de 2004**, Ar. 50 de 2005, y de **22 de diciembre de 2004**, Ar. 76 y 400 de 2005, desestimó, con argumentos similares, los recursos casacionales contra las sentencias de primera instancia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que a su vez habían desestimado los recursos contra el citado reglamento. La impugnación contra el Reglamento se articuló mediante sendos recursos indirectos contra acuerdos de declaración de incompatibilidad que se adoptaron aplicando el Reglamento impugnado.

El Reglamento impugnado seguía, por otra parte, siendo aplicado en la Comunidad Autónoma de Madrid al no haberse regulado esta materia en la Ley autonómica 20/1998, de 27 de noviembre, de ordenación y coordinación de transportes urbanos.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

El Tribunal Supremo, en las sentencias que comentamos, reitera los argumentos de su Sentencia de 12 de abril de 2004, dictada en un supuesto idéntico. Así, vuelve a afirmar que la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 113 a 118 de la ley de ordenación de transportes de 1987 no afecta al Real Decreto 736/1979 por ser éste anterior, así como que el contenido del citado Reglamento no vulnera ni el principio de igualdad ni el de libre empresa por el hecho de imponer determinadas limitaciones y condiciones a los que prestan este servicio.

### b) Tarifas

El TSJ del País Vasco anuló el acuerdo plenario del Ayuntamiento de Bilbao sobre revisión de tarifas del servicio público de transporte urbano de viajeros en autotaxis al haber prescindido del trámite esencial de solicitud de autorización de incremento de precios ante la Comisión de Precios de Euskadi.

Recurrida la sentencia ante el TS, éste, mediante **STS de 17 de noviembre de 2004**, Ar. 7449, declaró no haber lugar al recurso al haber recaído sentencia definitiva de la misma Sala con fecha 26 de enero de 2004. En esta sentencia (que recoge a su vez abundante jurisprudencia) se reconocía la potestad tarifaria de ayuntamiento, pero al mismo tiempo la potestad de control de los incrementos tarifarios por la Administración autonómica en ejercicio de la política de precios.

### 14. VENTA DE TABACO. CONCESIONES ADMINISTRATIVAS Y RÉGIMEN SANCIONADOR. RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN

En la **STC 26/2005, de 14 de febrero** (ponente, Delgado Barrio) se resuelve el recurso de amparo promovido en un litigio que tiene su origen en la sanción que la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos impuso a la titular de una expendedoría de tabacos de Aranda del Duero, por suministrar a puntos de venta con recargo, distintos de los adscritos. La sanción consistió en la suspensión del ejercicio de la concesión durante quince días, en aplicación del Real Decreto 2378/1987, de 12 de diciembre, regulador de las actividades de importación y comercio mayorista y minorista de labores de tabaco.

La demanda de amparo defiende que el precepto legal que formalmente presta cobertura al Real Decreto 2378/1987 citado, esto es, la Ley 38/1985, de 22 de noviembre, del monopolio fiscal de tabacos, constituye una “deslegalización en lo referente a la tipificación de las infracciones” y, por lo tanto, no satisface las exigencias del principio de legalidad sancionadora garantizado en el art. 25.1 CE. En particular, el art. 8.4 de la Ley 38/1985 reseñada, dispone que “también podrá la Delegación del Gobierno imponer sanciones de hasta 200.000 pesetas de multa y suspensión del ejercicio de la concesión por plazo de hasta seis meses, cuando los Expendedores incurran en infracciones que se determinen en el Reglamento de la Red de venta al por menor del Monopolio, que será aprobado por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda”.

La Sala primera del Tribunal Constitucional reitera ante todo su doctrina sobre el contenido del derecho fundamental a la legalidad sancionadora y recuerda que el art. 25.1 expresa una reserva de ley en la regulación de infracciones y sanciones, si bien en el ámbito del derecho administrativo sancionador se acepta la colaboración reglamentaria. De modo más preciso, la Ley debe contener “la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica”, y al reglamento sólo le puede corresponder, en su caso, “el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley” (SSTC 60/2000, de 2 de marzo, y 132/2001, de 8 de junio).

Esta doctrina, prosigue el TC, no se ve alterada por las llamadas relaciones de sujeción especial, en la medida que, siendo producto del Derecho, también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales, aunque el Tribunal Constitucional admite que, en este tipo de relaciones, la Administración goza de un mayor margen normativo, que no sería aceptable sin el supuesto de esa especial relación (FJ 3º, *in fine*, de esta sentencia). En todo caso, concluye, incluso en el seno de las relaciones especiales de sujeción, una sanción carente de toda base normativa legal resultaría lesiva del derecho fundamental reconocido en el art. 25.1 CE (SSTC 69/1989, de 20 de abril, y 219/1989, de 21 de diciembre).

La aplicación de esta doctrina constitucional conduce al TC a estimar el amparo, en esencia porque el art. 8.4 de la Ley 38/1985 tan sólo fija las sanciones máximas, pero no determina los elementos esenciales de las infracciones, es decir, no hay una definición básica de la conducta prohibida en la propia Ley. En consecuencia, el Real Decreto 2378/1987 no se limita a desarrollar y precisar los tipos de infracciones previamente establecidos en la Ley; por el contrario, regula esta materia sin sometimiento a directriz legal previa, lo que no puede admitirse desde el art. 25.1 CE.

Una vez efectuada esta afirmación, el Tribunal Constitucional rechaza el argumento del Abogado del Estado, acerca de que la suspensión de la concesión no es una verdadera sanción administrativa. Al contrario, por su terminología y contenido, y porque concurre la función represiva, retributiva o de castigo, con restricción de derechos como consecuencia de un ilícito, el Tribunal Constitucional indica que es una sanción administrativa, situada dentro de las garantías del art. 25.1 CE (por todas, SSTC 276/2000, de 16 de noviembre; 132/2001, de 8 de junio, y 48/2003, de 12 de marzo).

De igual modo, no acepta la alegación del Abogado del Estado sobre las modulaciones que se producen en virtud de la especial relación existente entre el concesionario de la expendedoría y el Estado. En aplicación de la STC 132/2001, de 8 de junio, la Sala considera que no hay ningún precepto constitucional, ni tampoco una ley conforme con la Constitución, que prevean, “ni explícita, ni implícitamente, la limitación de derechos constitucionales en un ámbito económico como el de los concesionarios de expendedorías de tabaco”. Pero es que en el caso examinado, concluye el TC, con independencia de cómo se denomine la relación, no hay fundamento alguno para que la infracción por la que se sancionó a la recurrente carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el art. 25.1 CE.

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

El voto particular, que suscribe Roberto García-Calvo, y al cual se adhiere Jorge Rodríguez-Zapata, discrepa de la sentencia mayoritaria porque las sanciones impugnadas no han conculcado la garantía formal de reserva de ley deducible del art. 25.1 CE. En este sentido, indica que la cobertura legal de las normas sancionadoras aplicadas viene determinada por el art. 8 de la Ley 38/1995, de 22 de diciembre, del monopolio fiscal de tabacos, en la medida que se trata de una simple remisión a la autoridad sancionadora, vacía de todo contenido sancionador material propio, y que ello se acepta para los supuestos de sujeción especial.

En el voto particular se sostiene que es innegable la relación de sujeción especial que une a los concesionarios de expendedurías de tabaco con el Estado (STS de 24 de julio de 2000), que ello relativiza el alcance de la reserva de ley, y que si bien lo deseable es que las normas sancionadoras alcancen el canon de cobertura legal que exige el art. 25.1 CE, no puede afirmarse que en el caso enjuiciado la sanción carezca de cobertura legal, único supuesto en que cabe hablar de vulneración de art. 25.1 CE en una relación de especial sujeción.

La **STC 54/2005, de 14 de marzo**, recae sobre un asunto similar al expuesto. El TC se remite a la STC 26/2005, y asimismo se reproduce el voto de R. García-Calvo.

En relación con estas sentencias, debe mencionarse que el voto particular del magistrado Garrido Falla en la STC 132/2001, de 8 de junio (asunto licencias de auto-taxi) no ha encontrado respaldo en los Magistrados que le han sucedido en el TC. Cabe recordar que Garrido Falla propugnaba una redefinición del concepto constitucional de “sanción”, puesto que el Derecho administrativo conoce de otras instituciones que, si bien tienen efectos similares, en cuanto inciden negativamente en el patrimonio de los particulares, no son “sanción” en sentido estricto (revocación, por ejemplo).

Esta doctrina se trae a colación puesto que, con independencia del debate doctrinal sobre la naturaleza contractual de las concesiones administrativas en un régimen de monopolio, parece claro que si se celebra este negocio jurídico, y una de las partes incumple con sus obligaciones, ésta debe responder por el incumplimiento, y ello es así aunque la cobertura legal sea difusa.

**TOMÀS FONT I LLOVET**  
**ALFREFO GALÁN GALÁN**  
**JOSEP MOLLEVÍ BORTOLO**  
**JOAQUÍN TORNOS MAS**



## XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD

**Sumario:**

**1. Consumo.** A) Consideración de determinados productos como alimenticios o como medicamentos a los efectos de su comercialización **2. Deporte.** A) El caso de los “Comunitarios B” y su derecho a obtener licencia federativa en igualdad de condiciones de trabajo que el resto de comunitarios se aplica también en España **3. Educación.** A) No universitaria. a) Exigencia de motivación adecuada para denegar la prórroga de un concierto educativo. B) Universitaria. a) Legalidad de la exclusión de los funcionarios en excedencia para formar parte de las comisiones de habilitaciones. b) Indemnizabilidad de la anulación de nombramiento de Catedrática. **4. Extranjeros.** A) Requisitos de identificación y expulsión de nacionales de un Estado miembro. B) Ilegalidad parcial del Reglamento de regularización de 2000. C) Permiso de trabajo y de residencia. D) Expulsión. E) Asilo y condición de refugiado. F) Nacionalidad. **5. Sanidad.** A) Condiciones para el reintegro de gastos médicos y Derecho comunitario. B) Consentimiento informado.

**1. CONSUMO****A) Consideración de determinados productos como alimenticios o como medicamentos a los efectos de su comercialización**

La STJCE de 9 de junio de 2005, asuntos acumulados C-211/03, C-299/03 y C-316/03 a C-318/03, tiene por objeto responder a sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 234 CE, por el *Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen* (Alemania), con la finalidad de determinar la consideración de si determinados productos como *lactobacillus*, bioflavonoides, bioflavonol-procianidina oligomérica, vitamina E, ascorbato cálcico, tienen la consideración de alimentos o medicamentos.

Al efecto el Tribunal de Justicia determina que 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. El Reglamento (CE) núm. 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autori-

dad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria, constituye una normativa supletoria 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; la aplicación de dicho Reglamento queda excluida siempre que exista una norma comunitaria, como la citada Directiva, que establezca disposiciones específicas para determinadas categorías de alimentos. 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.

De forma complementaria, 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. 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. 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.

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. 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. Finalmente, 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. Por todo ello, un órgano jurisdiccional nacional no puede plantear a la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria cuestiones relativas a la calificación de los productos, si bien 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.

### 2. DEPORTE

#### **A) El caso de los “Comunitarios B” y su derecho a obtener licencia federativa en igualdad de condiciones de trabajo que el resto de comunitarios se aplica también en España**

La STJCE de 12 de abril de 2005, As. C-265/03, caso *Simutenkov*, se suscita entre un nacional ruso que, en la fecha de los hechos del litigio principal, vivía en España, donde tenía tarjeta de residencia y permiso de trabajo. Estaba contratado como jugador de fútbol profesional en virtud de un contrato de trabajo suscrito con el Club Deportivo Tenerife y era titular de una licencia federativa como jugador no comunitario. En enero de 2001, el Sr. Simutenkov presentó a través de dicho club una solicitud a la RFEF para que sustituyese su licencia federativa por una idéntica a la de los jugadores comunitarios. En apoyo de su solicitud invocaba el Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia. Mediante resolución de 19 de enero de 2001, la RFEF desestimó esta solicitud conforme a su Reglamento general y al Acuerdo celebrado el 28 de mayo de 1999 entre ella misma y la Liga Nacional de Fútbol Profesional. Con posterioridad la Audiencia Nacional plantea la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia: “El artículo 23 del Acuerdo de colaboración (entre las Comunidades y Rusia) ¿se opone a que una federación deportiva aplique a un deportista profesional de nacionalidad rusa, contratado regularmente por un club de fútbol español, como el del recurso principal, una normativa en virtud de la cual los clubes sólo pueden utilizar en las competiciones de ámbito estatal un número limitado de jugadores procedentes de Estados terceros no pertenecientes al Espacio Económico Europeo?”

El Tribunal de Justicia reitera al respecto al doctrina asentada en el caso *Kolpak* (comentada en esta misma sección en el núm. 20 de esta Revista) y afirma que del tenor del artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia resulta que esta disposición establece, en términos claros, precisos e incondicionales, la prohibición impuesta a cada Estado miembro de tratar de manera discriminatoria, por razón de su nacionalidad, a los trabajadores rusos en relación con sus propios nacionales, por lo que respecta a sus condiciones de trabajo, retribución o despido. Los trabajadores

que se benefician de dicha disposición son aquellos que tengan nacionalidad rusa y estén contratados legalmente en el territorio de un Estado miembro. Esta norma de igualdad de trato establece una obligación de resultado precisa y, por definición, puede ser invocada por un justiciable ante un órgano jurisdiccional nacional para pedirle que no aplique determinadas disposiciones discriminatorias.

Por lo tanto, se concluye afirmando que el mencionado Acuerdo debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación a un deportista profesional de nacionalidad rusa, contratado de manera regular por un club establecido en un Estado miembro, de una norma adoptada por una federación deportiva del mismo Estado en virtud de la cual los clubes sólo pueden alinear en las competiciones de ámbito estatal un número limitado de jugadores procedentes de Estados terceros que no formen parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

### 3. EDUCACIÓN

#### A) No universitaria

##### a) Exigencia de motivación adecuada para denegar la prórroga de un concierto educativo

Continúa la interpretación estricta por parte del Tribunal Supremo a la hora de exigir el requisito de la motivación en aquellos casos en los que la Administración reduce o rescinde los conciertos educativos mantenidos hasta entonces (SSTS de 13 de julio y 22 de noviembre de 2004, Ar. 6732 y 8105).

#### B) Universitaria

##### a) Legalidad de la exclusión de los funcionarios en excedencia para formar parte de las comisiones de habilitaciones

Un numeroso grupo de sentencias ratifica la interpretación jurisprudencial (ya mencionada en la Crónica anterior) que considera no ilegal la exclusión (artículo 6.3 del RD 774/2002) de los profesores universitarios en situación administrativa de excedencia para formar parte de las Comisiones de habilitación (SSTS de 19, 22, 25, 26 y 29 de octubre y 23 de noviembre de 2004, Ar. 7026, 6585, 6701, 6702, 6703, 6704, 7606, 7607, 7608, 7519, 7387, 7388 y 672 de 2005).

##### b) Indemnizabilidad de la anulación de nombramiento de Catedrática

La STS de 21 de octubre de 2004, Ar. 7337, se enfrenta más directamente con una cuestión relativa a la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero aquí podemos destacar de la misma que la anulación, en el caso, de un nombramiento de Catedrática de

Universidad –por haber prosperado un recurso contra su convocatoria (resumidamente, porque la había convocado un Departamento universitario al que no le correspondía hacerlo)–, se considerará una lesión resarcible (a diferencia del criterio sostenido por la Sentencia recurrida en casación), aunque solamente por el daño moral originado.

### 4. EXTRANJEROS

#### A) Requisitos de identificación y expulsión de nacionales de un Estado miembro

La STJCE de 17 de febrero de 2005, As. Oulane, C-215/03, resuelve una cuestión prejudicial interpretativa respecto de la Directiva 73/148/CEE, relativa a supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios.

Los aspectos más destacables de esta intervención interpretativa del Tribunal de Luxemburgo podemos cifrarlos en lo siguiente: el reconocimiento por un Estado miembro del derecho de estancia de un destinatario de servicios nacional de otro Estado miembro no puede estar supeditado a la presentación por dicho nacional de un documento de identidad o un pasaporte válido, si su identidad y su nacionalidad pueden probarse inequívocamente por otros medios. Asimismo, el artículo 49 TCE se opone a que los nacionales de los Estados miembros estén obligados en otro Estado miembro a presentar un documento de identidad o un pasaporte válido para acreditar su nacionalidad, si dicho Estado miembro no impone a sus propios nacionales una obligación general de identificación, permitiéndoles probar su identidad por cualquier medio admitido en el Derecho nacional.

Por otro lado, la adopción de una medida de internamiento con fines de expulsión de un nacional de otro Estado miembro, motivada por la no presentación de un documento de identidad o un pasaporte válido, aun cuando no exista una amenaza para el orden público, constituye un obstáculo injustificado a la libre prestación de servicios (y, por tanto, vulnera el artículo 49 TCE). Corresponde, entonces, a los nacionales de un Estado miembro que residan en otro Estado miembro en calidad de destinatarios de servicios aportar las pruebas que acrediten la regularidad de su estancia. A falta de tales pruebas, el Estado miembro de acogida puede adoptar una medida de expulsión respetando los límites impuestos por el Derecho comunitario.

#### B) Ilegalidad parcial del Reglamento de regularización de 2000

Las SSTs de 13 y 27 de octubre de 2004, Ar. 6567 y 8167, resuelven la cuestión de ilegalidad planteada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Zaragoza con respecto a un inciso del artículo 1.1.3 del RD 239/2000. Y lo hacen decidiendo su ilegalidad, aspecto que no había sido abordado en la previa STS de 20 de diciembre de 2000 (por no haber sido motivo de impugnación directa, en su momento).

**C) Permiso de trabajo y de residencia**

La STS de 20 de octubre de 2004, Ar. 8165, anula una denegación por dos motivos: no haberse dado audiencia y no haberse procedido, en su momento, a la subsanación de determinado requisito de la solicitud.

La STS de 3 de noviembre de 2004, Ar. 164 de 2005, ratifica la concesión de permiso de trabajo, argumentando, entre otras razones, que una simple modificación de un permiso para trabajar por cuenta propia (de quien ya lo venía haciendo legalmente) no puede equipararse sin más a la pretensión de establecerse en el país bajo el pretexto de trabajar por cuenta propia.

Por su parte, la STS de 24 de noviembre de 2004, Ar. 8058, corrobora la legalidad de una denegación fundamentada en la existencia de trabajadores españoles en paro en el mismo sector de actividad (empleo doméstico) y en la misma zona geográfica (Madrid).

**D) Expulsión**

Las SSTS de 29 de noviembre y 21 de diciembre de 2004, Ar. 8115 y 66 de 2005, anulan una orden de expulsión de un extranjero pendiente de un proceso penal hasta que éste se resuelva porque las razones de expulsión contenidas en la LO 7/1985 son diferentes según los casos, sin perjuicio de resolver lo que proceda tras la firmeza de la sanción penal.

La STS de 29 de diciembre de 2004, Ar. 497 de 2005, considera un acto de trámite, y como tal inimpugnable, la incoación de un expediente de expulsión.

**E) Asilo y condición de refugiado**

Las numerosísimas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en esta materia conviene que las agrupemos por razones de claridad expositiva.

En primer lugar, comenzaremos por señalar una queja que explicita el Tribunal Supremo al señalar en su STS de 9 de septiembre de 2004, Ar. 6148, ante una craso error de planteamiento del recurso contencioso-administrativo por un Abogado designado de oficio, que ello “unido a otras actuaciones de letrados designados en los procesos sobre asilo claramente incompatible con el derecho de defensa, viene a poner en tela de juicio si la asistencia jurídica al solicitante de asilo, prevista en nuestro ordenamiento, es eficaz por el modo en que está organizada, lo que aconseja dar traslado de esta nuestra sentencia al Colegio de Abogados de Madrid, quien presta dicho servicio”.

Las SSTS de 10 de noviembre y de 1 de diciembre de 2004, Ar. 7621 y 252 de 2005, las podemos inscribir entre las que resuelven solicitudes de *reexamen* de una previa ya denegada, cuando se aporten indicios nuevos.

## XV. Bienestar, Consumo, Educación y Sanidad

Un gran número de sentencias ha ratificado la legalidad de la inadmisión a limine de solicitudes de asilo, normalmente por no haberse aportado al menos indicios de persecución por parte del peticionario (SSTS de 1 de junio, 19, 20, 21, 23, y 27 de julio, 29 de septiembre, 5, 6, 13 y 14 de octubre, 3, 17, 19, 25 y 30 de noviembre, 1, 16, 22, 23, 27 y 29 de diciembre de 2004 y 5 de enero de 2005, Ar. 7100, 8042, 8043, 7880, 7117, 7948, 7884, 7882, 7309, 7310, 7311, 7315, 7321, 7143, 7789, 7842, 7733, 7856, 8196, 8199, 46 de 2005, 69 de 2005, 71 de 2005, 72 de 2005, 8228, 80 de 2005, 84 de 2005, y 129, 576, 533, 614 y 509 de 2005); pero también por inverosimilitud de los datos manifestados (SSTS de 20 y 29 de julio, 24 y 30 de noviembre y 16 de diciembre de 2004, Ar. 8044, 8268, 529 de 2005, 7865, 529 de 2005 y 536 de 2005). Otras veces se ratifica como motivo de inadmisión el hecho de que, aunque exista una situación de guerra en su país, no se justifique una persecución directa y personal (SSTS de 1 de junio, 21 y 23 de julio y 3 de noviembre de 2004, Ar. 7100, 8043, 7943, 7946 y 7705). Aunque se analice si existen razones humanitarias al respecto (SSTS de 21 de septiembre, 27 de octubre y 22 y 28 de diciembre de 2004, Ar. 8083, 427 de 2005, 70 de 2005, 73 de 2005, 75 de 2005 y 505 de 2005).

Otras sentencias, por el contrario, *anulan la inadmisión*, ordenando la tramitación del expediente, fundamentalmente porque la Administración (y luego los Tribunales) no deben juzgar en fase de admisión a trámite si hay indicios suficientes de persecución alegada, sino más bien si el relato es o no manifiestamente falso o inverosímil y basta que no lo sea para que la solicitud merezca el trámite (SSTS de 20 de julio, 22 de septiembre, 20 de octubre, 3, 8 y 17 de noviembre, 14, 16, 21, 23, 27, 28, 29 y 30 de diciembre de 2004 y 5 de enero de 2005, Ar. 7879, 8084, 6845, 7702, 7618, 7236, 8171, 8128, 41 de 2005, y 8181, 68 de 2005, 545, 613, 703, 506, 704, 513, 514 y 201 de 2005). Además, el razonamiento de inadmisión debe estar debidamente motivado por parte de la Administración (STS de 27 de julio de 2004, Ar. 7883).

En cuanto al fondo, también han sido diversas las sentencias que ratifican la *denegación* de solicitudes de asilo (SSTS de 23 y 29 de julio, 21, 22 y 28 de septiembre, 8 de octubre, 16 y 18 de noviembre, 16, 17, 20, 23, 27, 28 y 29 de diciembre de 2004 y 7 de enero de 2005, Ar. 7881, 8271, 8270, 8269, 8163, 8278, 8164, 6816, 7062, 8172, 51 de 2005, 274 de 2005, 8129, 62 de 2005, 8224, 612, 502, 503, 508 y 708 de 2005).

Otras sentencias, sin embargo, ordenan *retrotraer* el procedimiento que había desembocado en una denegación para que vuelva a tramitarse, bien con la debida notificación al ACNUR (STS de 29 de julio de 2004, Ar. 8045), bien con el pertinente recibimiento a prueba (STS de 10 de noviembre de 2004, Ar. 7646). Alguna otra Sentencia reconoce directamente el derecho a la obtención del asilo solicitado (STS de 23 de diciembre de 2004, Ar. 8227).

### F) Nacionalidad

Las SSTS de 30 de junio y de 29 de noviembre de 2004, Ar. 6503 y 7742, reiteran su conocida doctrina sobre la inadecuación de los informes reservados del CESID, no con-

trastables ni siquiera en sede judicial, para fundar la denegación del otorgamiento de nacionalidad solicitada.

La STS de 29 de octubre de 2004, Ar. 6861, ratifica la denegación por no justificación del suficiente grado de integración en la sociedad española, para lo que parece determinante su desconocimiento del castellano.

La STS de 15 de noviembre de 2004, Ar. 7724, ratifica la denegación por razones de orden público (relación con círculos radicales islámicos, no desvirtuada por el solicitante).

Por su parte, la STS de 8 de noviembre de 2004, Ar. 560 de 2005, ratifica la denegación basada en la no residencia continuada y efectiva (por los continuos viajes al extranjero, donde trabajaba su cónyuge).

Finalmente, la STS de 8 de enero de 2005, Ar. 620, interpreta que la residencia ha de ser legal (por tanto, derivada de permiso de permanencia o autorización de residencia).

## 5. SANIDAD

### A) Condiciones para el reintegro de gastos médicos y Derecho comunitario

La STJCE de 12 de abril de 2005, As. Keller, C-145/03, resuelve una cuestión prejudicial interpretativa sobre los Reglamentos comunitarios relativos a los regímenes de seguridad social (Reglamentos 1408/1971 y 574/1972), planteada por un Juzgado de lo Social de los de Madrid en un pleito que los herederos de la Sra. Keller plantearon ante el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA, antes INSALUD).

Sin necesidad de pormenorizar los avatares concretos que le sucedieron a la mencionada señora, causantes del pleito *a quo*, valga aquí con destacar que el Tribunal de Luxemburgo interpreta que la institución competente que consiente que uno de sus beneficiarios de la seguridad social reciba asistencia médica en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente está vinculada por los diagnósticos relativos a la necesidad de asistencia urgente de carácter vital, efectuados por médicos autorizados por la institución del Estado miembro de estancia, así como por la decisión de tales médicos adoptada durante ese mismo período, basándose en dichos diagnósticos y en los conocimientos médicos del momento, de trasladar al interesado a un establecimiento hospitalario situado en otro Estado, aun en el caso de que éste sea un Estado tercero; ahora bien, el derecho del asegurado a las prestaciones en especie servidas por cuenta de la institución competente está sujeto a la condición de que, según la legislación aplicada por la institución del Estado miembro de estancia, ésta esté obligada a servir a una persona que esté afiliada a ella las prestaciones en especie correspondientes a dicha asistencia. En tales circunstancias, la institución competente no tiene derecho ni a exigir el regreso del interesado al Estado miembro competente para someterle a un control médico, ni a hacer que se le examine

en el Estado miembro de estancia, ni a supeditar los diagnósticos y las decisiones anteriormente mencionadas a una aprobación por su parte.

En el caso de que los médicos autorizados por la institución del Estado miembro de estancia opten, por razones de urgencia vital y habida cuenta de los conocimientos médicos del momento, por el traslado del asegurado a un establecimiento hospitalario situado en el territorio de un Estado tercero, la institución del Estado miembro de estancia ha de asumir el coste de la asistencia prestada en aquel Estado de conformidad con la legislación que ella aplique, en condiciones idénticas a las que disfrutaban los beneficiarios de la seguridad social a quienes se aplica dicha legislación. Por lo que respecta a la asistencia que figura entre las prestaciones previstas en la legislación del Estado miembro competente, corresponde posteriormente a la institución de este último Estado soportar la carga de las prestaciones así realizadas, reembolsando a la institución del Estado miembro de estancia en las condiciones establecidas por el Reglamento 1408/1971.

Toda vez que la institución del Estado miembro de estancia no asumió el coste de la asistencia prestada en un establecimiento situado en un Estado tercero, que ha quedado acreditado que la persona afectada tenía derecho a que así fuera y que dicha asistencia figura entre las prestaciones previstas en la legislación del Estado miembro competente, corresponde a la institución competente reembolsar directamente a la referida persona o a sus derechohabientes el coste de tal asistencia a fin de garantizarle un nivel de asunción del coste equivalente al que dicha persona habría disfrutado si se hubiera aplicado lo dispuesto en el Reglamento mencionado.

### **B) Consentimiento informado**

En la STS de 26 de noviembre de 2004, Ar. 22 de 2005, en un supuesto de reclamación patrimonial a la Administración, el Tribunal Supremo realiza algunas interesantes consideraciones sobre el requisito del consentimiento informado previo a una actuación médica que conviene reproducir aquí:

“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 posibilidades 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.

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, (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de 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.

La redacción dada posteriormente por la Ley 41/2002 a su artículo 10, aun cuando no aplicable por razones temporales al caso de autos, sí sirve para confirmar la interpretación que ha venido realizando este Tribunal en cuanto a la exigencia de detalles en la información que ha de darse al paciente.

Esta Sala igualmente ha señalado con absoluta nitidez que el defecto del consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario.”

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA  
EDORTA COBREROS

**XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES****Sumario:**

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Jurisdicción: el Tribunal de Cuentas no ejerce función jurisdiccional revisora de la conformidad a derecho de disposiciones y actos de las Administraciones Públicas. B) Competencia. a) En casos de acumulación conoce el órgano jurisdiccional competente sobre el acto o disposición emanado del órgano administrativo de superior jerarquía. b) Juzgados Centrales. a') Los Juzgados Centrales conocen de los recursos sobre actos de Director General de instituciones Penitenciarias por delegación del Ministro. b') Los Juzgados Centrales conocen de los recursos sobre denegación de reintegro de gastos por asistencia sanitaria recibida en centro no concertado. c) Tribunales Superiores de Justicia. a') El Tribunal Superior de Justicia conoce del recurso contra acta de Tribunal Médico Central. b') El Tribunal Superior de Justicia conoce del recurso sobre pretensión indemnizatoria de un Guardia Civil retirado. c') El Tribunal Superior de Justicia conoce del recurso sobre reclamación de responsabilidad patrimonial al INSALUD. C) Sujetos: Legitimación. a) Carecen de legitimación los trabajadores individuales no afectados por la regulación de empleo. b) El denunciante carece de legitimación para impugnar el Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del CGPJ sobre archivo de diligencias informativas. c) La Administración expropiante carece de interés directo para recurrir la valoración del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa. d) No tiene interés legítimo la Administración expropiante que delega la gestión de la expropiación en otra Administración territorial. D) Objeto. a) El recurso de reposición resuelto de forma expresa o presunta no cambia la naturaleza jurídica del acto impugnado. b) Son recurribles en casación las sentencias que declaren nula o conforme a derecho una disposición de carácter general. E) Procedimiento. a) Superposición de procedimiento ordinario y de protección de derechos fundamentales. b) En casos de acumulación, deben incorporarse a los autos los dictámenes periciales emitidos en otro proceso. c) Doctrina sobre el emplazamiento de las partes. d) La falta de traslado de la contestación extemporánea produce indefensión.

e) Prueba. a') En el escrito de solicitud de prueba para mejor proveer se pueden efectuar alegaciones. b') Se deben pedir los concretos medios probatorios. c') Doctrina sobre la prueba admitida y no practicada. d') Deben incorporarse a los autos los testimonios de los expedientes admitidos como prueba. e') Los informes médicos de un centro sanitario público no son documentos públicos fehacientes. F) Sentencia: es incongruente si se basa en motivo no alegado por las partes sin acudir al procedimiento del artículo 33.2 LJCA. G) Extensión de efectos: las situaciones de hecho y las pretensiones jurídicas deben ser las mismas. H) Medidas cautelares. a) Notas del sistema general de tutela cautelar. b) No proceden medidas cautelares cuando se ha dictado sentencia en el asunto principal, aunque se hubiese interpuesto recurso de casación contra ella. c) El alzamiento de la medida cautelar debe basarse en un cambio de circunstancias.

**2. Recurso de casación.** A) Motivos: el motivo previsto en el artículo 88.1.a) LJCA no puede basarse en una cuestión nueva. B) Inadmisión. a) Cuantía. a') El tiempo transcurrido desde la elaboración de un presupuesto de obras no integra el valor de la pretensión. b') En la exención del Impuesto Especial de Bienes Inmuebles de entidades no residentes, la cuantía es el importe de la cuota tributaria multiplicada por diez.

## INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos hasta el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi número 31 de 2004, entre los que merecen ser destacados los relativos a la legitimación en el procedimiento contencioso-administrativo y a la prueba.

### 1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

#### **A) Jurisdicción: el Tribunal de Cuentas no ejerce función jurisdiccional revisora de la conformidad a derecho de disposiciones y actos de las Administraciones Públicas**

La STS de 21 de julio de 2004, Ar. 6736, ha recordado que el Tribunal de Cuentas en modo alguno ejerce una jurisdicción revisora de la conformidad a derecho de disposiciones y actos de las Administraciones Públicas que corresponde a los órganos de la jurisdicción.

**B) Competencia**

**a) En casos de acumulación conoce el órgano jurisdiccional competente sobre el acto o disposición emanado del órgano administrativo de superior jerarquía**

Sabido es que conforme a lo dispuesto en los artículos 34 y 35 LJCA serán acumulables en un proceso las pretensiones que se deduzcan en relación con un mismo acto, así como las que se refieran a varios actos cuando exista entre ellos algún tipo de conexión directa, pudiendo el actor acumular en su demanda cuantas pretensiones reúnan los requisitos que se han indicado.

Pues bien, como ha señalado la **STS de 21 de julio de 2004**, Ar. 8077, en el supuesto de que se esté ante pretensiones en principio acumulables pero cuyo conocimiento corresponda a órganos jurisdiccionales distintos, este Tribunal, en Sentencias, entre otras, de 11 de mayo de 1990 y 10 de octubre y 20 de noviembre de 1992, y para evitar que se dicten resoluciones contradictorias, tiene declarado que en el supuesto al que se acaba de aludir corresponde conocer de las pretensiones en cuestión al órgano judicial competente para enjuiciar el acto o disposición emanado del órgano administrativo de superior jerarquía.

**b) Juzgados Centrales**

**a') Los Juzgados Centrales conocen de los recursos sobre actos de Director General de instituciones Penitenciarias por delegación del Ministro**

En el caso analizado por la **STS de 19 de julio de 2004**, Ar. 6791, la resolución administrativa fue dictada ejerciendo el Director General de Instituciones Penitenciarias facultades delegadas por el Ministro y el Subsecretario de Interior. Al estar ante un proceso en materia de personal planteado frente a una resolución que en parte emana de un Ministro, la cuestión de competencia planteada se resuelve en favor del Juzgado Central de que se trata por aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.a) (versión anterior a la Ley Orgánica 19/2003) LJCA, al no concurrir, además, ninguna de las excepciones previstas en el indicado precepto.

**b') Los Juzgados Centrales conocen de los recursos sobre denegación de reintegro de gastos por asistencia sanitaria recibida en centro no concertado**

Dice el artículo 9.a) LJCA, en su versión anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, lo siguiente: los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo conocerán de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos que tengan por objeto “a), En primera o única instancia en las materias de personal cuando se trate de actos dictados por Ministros y Secretarios de Estado, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, o a las materias recogidas en el artículo 11.1.a) sobre personal militar”. Pues bien, como confirma la **STS de 13 de diciembre de 2004**, Ar. 8176, el Alto Tribunal ha venido entendiendo

que los actos de los Ministros o Secretarios de Estado que confirmen en vía de recurso los dictados por órganos inferiores están incluidos en el referido apartado a). Siendo esto así, como el acto recurrido procede de un Ministro y ha sido dictado en materia de personal, sin que concurra ninguna de las excepciones previstas en el mencionado apartado, la competencia discutida hay que entender que corresponde al Juzgado Central de que se trata.

### **c) Tribunales Superiores de Justicia**

#### **a') El Tribunal Superior de Justicia conoce del recurso contra acta de Tribunal Médico Central**

La resolución impugnada en el recurso contencioso-administrativo analizado por la **STS de 6 de octubre de 2004**, Ar. 7009, se ha dictado, en materia de personal, por órgano de la Administración General del Estado cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico es inferior al de Ministro o Secretario de Estado, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1.i) de la Ley de la Jurisdicción, la competencia discutida corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia, si se tiene en cuenta, además, que el presente caso no se refiere a las materias referidas en el último inciso del apartado a) del artículo 11.1 de la indicada Ley.

#### **b') El Tribunal Superior de Justicia conoce del recurso sobre pretensión indemnizatoria de un Guardia Civil retirado**

La **STS de 19 de julio de 2004**, Ar. 8263, ha señalado que, siendo deducida la pretensión indemnizatoria por un Guardia Civil retirado, con motivo de un accidente ocurrido en acto de servicio, la resolución administrativa de que se trata versa sobre una cuestión de personal, y como, por otro lado, es un Director General el que ha dictado la indicada resolución, sin actuar por delegación de un Ministro o Secretario de Estado, cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional, el conocimiento del recurso contencioso-administrativo en cuestión corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, órgano ante el que se planteó el referido recurso, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 10.1.i) LJCA.

#### **c') El Tribunal Superior de Justicia conoce del recurso sobre reclamación de responsabilidad patrimonial al INSALUD**

El artículo 20 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, reguladora del proceso autonómico, distingue, en orden a la transferencia de servicios, los expedientes en tramitación correspondientes a los servicios o competencias pendientes de resolución definitiva antes de la efectividad de la transferencia, de aquellos otros expedientes en los que no obstante haber recaído resolución definitiva se encuentran pendientes de recursos administrativos, atribuyendo los mismos, en el primer caso, a la Comunidad Autónoma para su decisión,

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

y en el segundo, a la Administración del Estado para la resolución del recurso, y asignando, finalmente, las consecuencias económicas a una u otra Administración en función “de quien hubiere adoptado la resolución definitiva” —el subrayado es nuestro—. A este criterio responde, como no podía ser de otra forma, el Real Decreto 1479/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Madrid de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, con efectos de 1 de enero de 2002, aplicable al presente caso.

La cuestión, pues, se traslada a la determinación de la subrogación en los derechos y deberes de la Administración estatal por parte de la Comunidad Autónoma en los supuestos, como el presente, en que con anterioridad a la fecha del traspaso de competencias se ha podido producir el juego del silencio administrativo negativo. Obligado será recordar, de una parte, que tal desestimación produce “los solos efectos” —en expresión textual del artículo 43.3 de la LRJAP y PAC— de permitir a los interesados la interposición del recurso que resulte procedente, y de otra, que tal situación no libera a la Administración de dictar resolución expresa —artículo 42.1 de la misma Ley—. Hasta tal punto es ello así, que se establece un régimen distinto según se trate de un supuesto de estimación por silencio, cuya resolución expresa necesariamente deberá ser confirmatoria del acto de que se trata, o de un supuesto de desestimación por silencio, cuya resolución expresa no queda vinculada al sentido del silencio —artículo 43.4—. Y es esta resolución expresa la que se corresponde con la resolución definitiva a que se refiere el citado artículo 20 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre.

De los preceptos examinados la **STS de 25 de octubre de 2004**, Ar. 8166, deduce que, una cosa es que la ficción del silencio permita al administrado la interposición del recurso correspondiente, mitigándose así los perniciosos efectos que, en otro caso, se podrían derivar de la inactividad de la Administración en decidir, y otra distinta la persistencia de la obligación de esta última de resolver. El administrado podrá, pues, optar entre entender desestimada su petición, a los “solos efectos” de la interposición del pertinente recurso, o esperar la resolución expresa, —o “definitiva”, en expresión del artículo 20 de la Ley 12/1983— pero tal elección no puede condicionar las obligaciones derivadas de una subrogación de competencia, impuesta, primero por la Ley y, después, por el Decreto de transferencia —en este caso, el ya citado 1479/2001, de 27 de diciembre—. Por lo expuesto, la resolución comentada, considera que la presente cuestión de competencia debe, pues, resolverse en favor de la Sala de lo Contencioso-administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, toda vez que en la fecha de transferencia del servicio correspondiente no se había producido aún la resolución definitiva del expediente.

### **C) Sujetos: Legitimación**

#### **a) Carecen de legitimación los trabajadores individuales no afectados por la regulación de empleo**

La legitimación para ejercitar acciones judiciales corresponde, según determina el artículo 65 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, al Comité de Empresa, como órgano colegiado, y por decisión mayoritaria de

sus miembros. En el recurso resuelto por la STS de 3 de diciembre de 2004, Ar. 754, no consta que tales trabajadores de la empresa actuaran como tal órgano colegiado sino tan sólo a título individual y como tales, al no ser afectados por el expediente de regulación de empleo, carecen de legitimación activa. Tal argumentación resulta congruente con el planteamiento del recurso, ya que efectivamente los recurrentes hacen referencia a su condición de miembros del Comité de Empresa en el escrito de interposición y en el poder otorgado al efecto, sin embargo, la actuación como tales miembros es individual, pues la intervención del órgano colectivo ha de hacerse en concepto de tal Comité y tras la decisión mayoritaria de sus miembros, circunstancias, ambas, que no concurren en este recurso, en el que falta la intervención del referido Comité de Empresa en concepto de órgano colegiado y no consta acuerdo alguno del mismo en el sentido de formular la impugnación. Por ello, la intervención de los recurrentes, aun siendo miembros de dicho Comité, se produce a título individual, y no estando afectados por el expediente de regulación de empleo carecen de interés en el asunto, por lo que la valoración efectuada por la Sala de instancia ha de considerarse conforme y proporcionada con las referidas previsiones. Más aun si se tiene en cuenta que, invocada la causa de inadmisibilidad en la contestación a la demanda y pudiendo subsanar y concretar el carácter de su intervención en el trámite del artículo 129.1 de la Ley de Jurisdicción de 1956, aplicable al caso, o en el posterior de conclusiones, se omitió cualquier actuación al respecto por dichos recurrentes.

#### **b) El denunciante carece de legitimación para impugnar el Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del CGPJ sobre archivo de diligencias informativas**

La STS de 13 de octubre de 2004, Ar. 7018, recuerda una consolidada jurisprudencia de esta Sala (por todas, la sentencia de 25 de marzo de 2003 y las que en ella se citan) ha afirmado la falta de legitimación del denunciante para intervenir en los procesos contencioso-administrativos seguidos contra las decisiones del Consejo General del Poder Judicial que ordenan el archivo de los procedimientos disciplinarios. Subraya que el núcleo argumental de esta jurisprudencia parte del dato de que la imposición o no de una sanción al Juez denunciado no produce efecto positivo alguno en la esfera jurídica del denunciante, ni elimina carga o gravamen alguno de esa esfera. Tras lo anterior, hace referencia a las ideas con las que ha sido desarrollado ese básico núcleo argumental. Son las siguientes:

1. La existencia de la legitimación viene ligada a la de un interés legítimo de la parte a cuya satisfacción sirva el proceso. Y la amplitud con la que la jurisprudencia viene interpretando el artículo 28.1.a) de la Ley, por exigencias del artículo 24.1 CE, y la sustitución del concepto de interés directo por el de interés legítimo, no llegan hasta el extremo de que no se condicione en todo caso la legitimación a la existencia de un interés real. Como ha dicho el Tribunal Constitucional (STC 143/1987), el interés legítimo al que se refiere el artículo 24.1 CE, y también el artículo 19 de la nueva Ley jurisdiccional 6/1998, equivale a una titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, y que se materializaría de prosperar ésta.

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

2. La clave de si existe o no interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución del CGPJ, dictada en expediente abierto en virtud de denuncia de un particular por una hipotética responsabilidad de un juez, debe situarse en el dato de si la imposición o no de una sanción al Juez denunciado puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante, o eliminar una carga o gravamen en esa esfera.

3. El problema de la legitimación tiene un carácter casuístico, lo que no permite una respuesta indiferenciada para todos los casos, y hace que en cada uno de ellos deba realizarse la búsqueda del concreto interés legítimo que pueda servir de soporte a la legitimación, incumbiendo su alegación y prueba a quien se lo arroge.

4. El haber sido parte en un determinado proceso judicial, no supone necesariamente poseer la específica legitimación que aquí se está analizando. El procedimiento disciplinario no puede interferir un proceso judicial en curso, por lo que los intereses legitimadores de quien es litigante en dicho proceso, por sí solos, no pueden servir como base de su legitimación para reclamar la imposición de una determinada sanción al juez que, a criterio de dicho litigante, no satisfizo aquel interés del proceso.

5. Tampoco el propósito de ejercitar la pretensión de responsabilidad del Estado, prevista en el artículo 121 CE, puede servir de base a una legitimación para reclamar la imposición de sanción a un Juez. Ni en ese concreto precepto, ni en la ley en general, hay elementos que permitan sostener que la proclamación de una anormalidad del funcionamiento de la Administración de Justicia haya de derivar de una previa corrección disciplinaria impuesta al titular del órgano jurisdiccional al que se imputa aquélla.

La resolución comentada también ha declarado, en esa jurisprudencia a la que acaba de hacerse referencia, que la modificación de los artículos 423 y 425 de la LOPJ no supone que se haya atribuido expresamente a los denunciantes legitimación para interponer el recurso contencioso-administrativo, confiriéndoles la que no se deriva de la genérica aplicación del artículo 28.1.a) de la Ley Jurisdiccional de 1956 (y actualmente del artículo 19 de la nueva Ley Jurisdiccional de 1998). Ha dicho que la normativa contenida en la LOPJ no tiene virtualidad para modificar el régimen procesal procedente en cuanto a la legitimación de los denunciantes, y que lo único que hace es salvar la legitimación —o remitir a ella— que pudiera derivar de la Ley Jurisdiccional.

Y para llegar a la anterior conclusión ha tomado en cuenta estas expresiones contenidas en los preceptos de la LOPJ: a) Al ocuparse de la sanción de advertencia, el artículo 422.1 párrafo segundo dispone: “contra la resolución que recaiga sobre dicha clase de sanción podrá interponer el sancionado con carácter potestativo, antes de acudir a la vía contencioso-administrativa, recurso administrativo, y el denunciante, en su caso, acudir a la vía contencioso-administrativa de acuerdo con las normas de legitimación establecidas en la Ley reguladora de la expresada Jurisdicción”. b) El artículo 423.2, párrafos segundo y tercero *in fine*, no permite al denunciante recurrir las decisiones sobre la iniciación y decisión del expediente disciplinario en vía administrativa, “sin perjuicio de la legitimación que ostente como interesado en la vía jurisdiccional”. c) El artículo 425.8, párrafo primero *in fine*, manda notificar al denunciante la resolución

del expediente sancionador, “quien únicamente podrá recurrir, en su caso, en vía contencioso-administrativa”.

Esas expresiones permiten constatar que el artículo 422.1, párrafo segundo, remite para determinar la legitimación del denunciante a las normas establecidas en la Ley de la Jurisdicción, y que no hay razón para entender que se sigue distinto criterio en los demás supuestos previstos por la LOPJ. Y también esta Sala ha subrayado que el modo potencial del verbo “ostente” (artículo 423.2, párrafos segundo y tercero), y los términos “en su caso” (artículo 425.8, párrafo primero), son de por sí suficientemente expresivos de que no se está haciendo una regulación directa de la legitimación procesal de los denunciantes para impugnar los acuerdos de la Comisión Disciplinaria, sino que se trata de una remisión a la regulación contenida fuera de esos preceptos.

### **c) La Administración expropiante carece de interés directo para recurrir la valoración del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa**

En el caso resuelto por la STS de 28 de diciembre de 2004, Ar. 771, se concluye que 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.

### **d) No tiene interés legítimo la Administración expropiante que delega la gestión de la expropiación en otra Administración territorial**

Respecto a la cuestión de 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. Pues bien, la STS de 19 de enero de 2005, Ar. 714, considera que 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.

### D) Objeto

#### a) El recurso de reposición resuelto de forma expresa o presunta no cambia la naturaleza jurídica del acto impugnado

Como ha señalado la STS de 26 de octubre de 2004, Ar. 6854, el recurso de reposición, ya sea resuelto expresamente ya lo sea de forma presunta o por silencio, no cambia la naturaleza del acto administrativo que se impugna. Si el acto administrativo es un acto de trámite lo seguirá siendo aunque medie un recurso de reposición. Es cierto que la Administración tiene el deber de resolver, pero lo que ha de hacer en tal caso es declarar inadmisibile el recurso de reposición (artículo 113.1 en relación con el 107.1 de la Ley 30/1992).

#### b) Son recurribles en casación las sentencias que declaren nula o conforme a derecho una disposición de carácter general

Como ha reiterado el ATS de 15 de julio de 2004, Ar. 8073, la diferencia entre la redacción del artículo 86.3 de la nueva LJCA de 1998 y la de su precedente, el artículo 93.3 de la Ley anterior, es exponente de un importante cambio en el régimen jurídico de acceso al recurso de casación de las impugnaciones indirectas de disposiciones generales. Así como antes las sentencias dictadas en un recurso de esta naturaleza eran siempre susceptibles de recurso de casación (artículo 93.3 de la Ley anterior), ahora lo son únicamente cuando la sentencia, sea de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia, declara nula o conforme a Derecho la disposición general indirectamente cuestionada —artículo 86.3 de la vigente Ley—, declaración que sólo puede hacerse cuando el órgano jurisdiccional que conoce del recurso indirecto es competente también para conocer del recurso directo contra aquélla (artículo 27.2 de la Ley de 1998), lo que no sucede en el supuesto que nos ocupa.

Por otro lado, debe recordarse que aunque el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, garantiza el acceso a los recursos establecidos en las leyes, ello no es obstáculo para que unas normas procesales, como las que aquí han sido objeto de consideración, impidan acudir *ratione temporis* al recurso de casación, ya que como dice la STC 37/1995, de 7 de febrero, “(...) El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988). No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983) (...)”, añadiendo que “(...) el principio hermenéutico *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión, cuya es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin

importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales los recursos. Es distinto el enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción o aquellas otras que limitan la admisibilidad de un recurso extraordinario contra una sentencia anterior dictada en un proceso celebrado con todas las garantías (SSTC 3/1983 y 294/1994) (...).”.

## E) Procedimiento

### a) Superposición de procedimiento ordinario y de protección de derechos fundamentales

La STS de 24 de noviembre de 2004, Ar. 8060, nos recuerda la doctrina vertida por el Tribunal Constitucional en sus SSTC 42/1989, de 16 de febrero y 98/1989, de 1 de junio, acerca de que cabe la interposición conjunta y paralela del recurso contencioso ordinario y de la vía especial de protección de los derechos fundamentales regulado, a la sazón en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre. No obstante en este último caso, el segundo proceso habrá de fundamentarse sobre diferentes motivos, porque la reiteración de los mismos en la vía ordinaria, una vez desestimados en la especial, determinará que el órgano judicial rechace su análisis y se ciña a las cuestiones de mera legalidad.

En Sentencia de 9 de noviembre de 1994 se afirma que la estimación del recurso contencioso-administrativo entablado de conformidad con lo establecido en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, necesariamente ha de determinar la inadmisión del recurso ordinario en el particular referido a la conculcación de derechos fundamentales, habida cuenta que la nulidad de los actos impugnados hace que carezca de objeto propio el proceso actual y concurren las identidades exigidas para que se produzca la cosa juzgada. La Sentencia de 18 de enero de 1996 (siguiendo lo vertido en anterior Sentencia de 1 de abril de 1986) declara que en el caso de utilizarse el doble cauce procesal el proceso ordinario no puede fundarse en motivos de inconstitucionalidad (derechos fundamentales), de tal modo que si este proceso reprodujera la misma fundamentación propia de aquél se daría la excepción de litispendencia –si en el primero no hubiera aún recaído sentencia– o bien la excepción de cosa juzgada del artículo 82.d) de la Ley de esta jurisdicción si en el primero se hubiere pronunciado sentencia. La Sentencia de 30 de enero de 1998 sostiene que si la sentencia recaída en el procedimiento especial anula plenamente el acto o el acuerdo impugnado, la sentencia producirá plenos efectos de cosa juzgada, no sólo entre las partes sino respecto a todas las personas afectadas, artículo 86.2 LJCA.

Significa, pues, que devenida firme la sentencia recaída en la causa deducida al amparo de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona en cuya virtud se anuló el acto del Alcalde impugnado carece de objeto el examen del recurso entablado al amparo del proceso ordinario sustentado en idénticos argumentos y causa de pedir que en el proceso especial.

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

### b) En casos de acumulación, deben incorporarse a los autos los dictámenes periciales emitidos en otro proceso

Es doctrina jurisprudencial, oportunamente recordada por la STS de 4 de octubre de 2004, Ar. 6742, que el motivo que habilita la casación por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales está condicionado a una doble exigencia: indefensión para la parte y petición de subsanación en la instancia de existir momento procesal oportuno, y en el caso de autos existió indefensión, pues, al no haberse incorporado a los autos el dictamen pericial por la mecánica establecida en el artículo 75.3 y 4 LJCA, al no tener conocimiento del dictamen pericial emitido en otro proceso del que no eran partes, se les privó de su derecho de defensa, y se conculcó el principio de contradicción.

### c) Doctrina sobre el emplazamiento de las partes

Como señala la STS de 2 de julio de 2004, Ar. 8040, tras la entrada en vigor de la Constitución, otro, y no el dispositivo, es el principio que debe informar a los actos de impulso procesal, pues el derecho a la tutela judicial efectiva de su artículo 24.1 obliga a una interpretación de las disposiciones procesales restrictiva de la inactividad de la parte, de suerte que sólo cuando la paralización del proceso se deba a la exclusiva negligencia o aquietamiento de la parte, y no al incumplimiento de deberes de impulso procesal de oficio atribuido al órgano judicial, podrá decretarse la caducidad de la instancia. Justamente por ello, el art. 307 de la LEC, en la redacción que al mismo ha dado la Ley 34/1984, de 6 de agosto, establece que “salvo que la Ley disponga otra cosa, el órgano jurisdiccional dará de oficio, al proceso el curso que corresponda, dictando al efecto los proveídos necesarios” mientras que la LOPJ de 1985 reproduce con carácter general, en su artículo 237, ese mismo precepto legal.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional “este principio de impulso procesal de oficio, acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, y su naturaleza prestacional (SSTC 206/1987 y 165/1988) obliga a que los órganos judiciales al interpretar cuestiones de legalidad ordinaria, como lo es en el presente caso la aplicación supletoria del artículo 414 LEC a la jurisdicción contencioso-administrativa, lo hagan a la luz del derecho fundamental y en el sentido no impeditivo de su efectividad. Ahora bien, este principio de impulso procesal de oficio no es incompatible, sino más bien al contrario, con las obligaciones procesales de las partes y su deber de colaboración con los órganos jurisdiccionales, debiendo coadyuvar e interesarse por la marcha del proceso en el que pretenden la defensa de sus derechos e intereses legítimos. En este sentido, es doctrina reiterada de este Tribunal, que no existe lesión del derecho a la tutela judicial efectiva cuando ésta resulte exclusivamente imputable a la inactividad procesal de las partes (SSTC 96/1985, 163/1988, 196/1990, 98/1993), a su conducta omisiva (SSTC 58/1988, 216/1989, 129/1991) negligencia (SSTC 108/1985, 29/1990, 114/1990, 61/1991, 68/1993) o a la acción voluntaria y desacertada de las partes (STC 50/1991)”.

El artículo 64.2 LJCA de 1956 disponía que “recibido el expediente, el Tribunal comprobará, a la vista del resultado de las actuaciones administrativas, que se han efectuado los emplazamientos mencionados en el párrafo anterior y si advirtiere que son incompletos

ordenará que se practiquen los necesarios”. Tal redacción procede de la Reforma introducida en la LJCA de 1956 por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que recogía así una reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional en el sentido de que no bastaba el emplazamiento por edictos (como decía el texto originario) sino que era preciso el emplazamiento personal cuando del expediente administrativo se conocía la existencia de terceros cuyos derechos pudieran resultar afectados por el recurso.

#### **d) La falta de traslado de la contestación extemporánea produce indefensión**

Según la STS de 28 de octubre de 2004, Ar. 7049, la omisión cometida al no haberse notificado a la recurrente la contestación a la demanda, le privó de oportunidades procesales, como son la de presentar documentos para desvirtuar las alegaciones de la parte contraria (artículo 56.4 de la Ley de la Jurisdicción), la de solicitar recibimiento a prueba (artículo 60.2 de la misma Ley), y la de pronunciarse en el sentido de solicitar la formulación de conclusión escritas, o de celebrar vista oral del proceso (artículo 62.1 de la Ley). Especialmente resulta claro el último de los puntos que acaban de citarse, puesto que según se deduce de los autos no se llevó a cabo ninguna después de la contestación a la demanda, pasando directamente el Tribunal *a quo* a dictar su Sentencia. A la vista de ello el Auto comentado no puede afirmar que aquellas oportunidades procesales eran hipotéticas, pues ni siquiera fue posible gozar de dichas oportunidades o dejar de hacerlo.

#### **e) Prueba**

##### **a’) En el escrito de solicitud de prueba para mejor proveer se pueden efectuar alegaciones**

Según la STS de 1 de octubre de 2004, Ar. 6063, aun cuando conforme al tenor literal del artículo 75.4 LJCA el resultado probatorio dimanante de las diligencias para mejor proveer debe ser puesto de manifiesto a todas las partes litigantes —con traslado del mismo— a efecto de que puedan realizar las alegaciones que consideren pertinentes, dado que en la solicitud de prueba hicieron o pudieron hacer las alegaciones que al efecto consideraron oportunas, se excluye de plano cualquier indefensión.

##### **b’) Se deben pedir los concretos medios probatorios**

Como señala la STS de 6 de octubre de 2004, Ar. 5990, para que se acuerde la práctica de pruebas no es suficiente que en la demanda se solicite el recibimiento del pleito a prueba y se concreten los extremos sobre los que debe versar (artículo 60.1 de la vigente Ley Jurisdiccional), sino que es imprescindible que se pidan, una vez abierto el período de proposición de prueba, aquéllas de las que las partes intentan valerse, según lo establece expresamente el artículo 60.4 de la misma Ley.

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

### c') Doctrina sobre la prueba admitida y no practicada

La STS de 24 de noviembre de 2004, Ar. 7656, nos recuerda que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, que garantiza el artículo 24.2 de la Constitución, tiene el siguiente significado y contenido constitucionales:

a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, 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 (SSTC 168/1991, de 19 de julio; 211/1991, de 11 de noviembre; 233/1992, de 14 de diciembre; 351/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre; 1/1996, de 15 de enero; 116/1997, de 23 de junio; 190/1997, de 10 de noviembre; 198/1997, de 24 de noviembre; 205/1998, de 26 de octubre; 232/1998, de 1 de diciembre; 96/2000, de 10 de abril, FJ 2º), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi* (STC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2º).

b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre; 212/1990, de 20 de diciembre; 87/1992, de 8 de junio; 94/1992, de 11 de junio; 1/1996; 190/1997; 52/1998, de 3 de marzo; 26/2000, FJ 2º), siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento (SSTC 101/1989, de 5 de junio; 233/1992, de 14 de diciembre; 89/1995, de 6 de junio; 131/1995; 164/1996, de 28 de octubre; 189/1996, de 25 de noviembre; 89/1997, de 10 de noviembre; 190/1997; 96/2000, FJ 2º).

c) Corresponde a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo este Tribunal Constitucional sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase. Por el contrario, este Tribunal sólo es competente para controlar las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de dicha función cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial (SSTC 233/1992, de 14 de diciembre, FJ 2º; 351/1993, de 29 de noviembre, FJ 2º; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2º; 35/1997, de 25 de febrero, FJ 5º; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 3º; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 5º; 237/1999, de 20 de diciembre, FJ 3º; 45/2000, de 14 de febrero, FJ 2º; 78/2001, de 26 de marzo, FJ 3º).

d) Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea “decisiva en términos de defensa” (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2º; 219/1998, de 17 de diciembre, FJ 3º; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5º; 26/2000, FJ 2º; 45/2000, FJ 2º). A tal efecto, hemos señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal

mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo (SSTC 1/1996, de 15 de enero; 164/1996, de 28 de octubre; 218/1997, de 4 de diciembre; 45/2000, FJ 2º).

e) La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre, FJ 3º; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2º); y, de otra, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso *a quo* podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3º; 147/1987, de 25 de septiembre, FJ 2º; 50/1988, de 2 de marzo, FJ 3º; 357/1993, de 29 de noviembre, FJ 2º), ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo (SSTC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 8º; 1/1996, de 15 de enero, FJ 3º; 170/1998, de 21 de julio, FJ 2º; 129/1998, de 16 de junio, FJ 2º; 45/2000, FJ 2º; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 28º).

#### d') Deben incorporarse a los autos los testimonios de los expedientes admitidos como prueba

Según la **STS de 27 de abril de 2004**, Ar. 6913, al no aportarse a los autos los testimonios interesados, se ocasionó indefensión a los recurrentes, pues ni pudieron ni ahora pueden justificar a falta de un medio probatorio adecuado su disconformidad con el justiprecio señalado por el Tribunal *a quo*, el cual a fin de anular los acuerdos del Jurado que fijaron como justiprecio un precio unitario de dos mil pesetas el metro cuadrado se acogió al dictamen pericial practicado en los autos 491/1995, incorporados al proceso en virtud del testimonio solicitado por la Administración expropiante.

#### e') Los informes médicos de un centro sanitario público no son documentos públicos fehacientes

Los informes médicos expedidos en un centro sanitario público, según señala la **STS de 24 de septiembre de 2004**, Ar. 416, no son documentos públicos. No son encuadrables en ninguno de los seis supuestos del artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues no son resoluciones, ni diligencias, ni testimonios judiciales (ordinal 1º), no son documentos notariales (ordinal 2º), no están intervenidos por Corredor de Comercio Colegiado (ordinal 3º), no son certificaciones expedidas por Registrador de la Propiedad o Mercantil (ordinal 4º), ni están expedidos por funcionario público legalmente habilitado para dar fe (ordinales 5º y 6º). Luego el 319.1 no les es aplicable. El artículo 46 de la Ley 30/1992, en ninguno de sus cuatro números contiene precisión alguna sobre la eficacia probatoria de tales informes médicos. Por lo que, en el mejor de los casos, habría

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

que estar a lo que dispone el inciso segundo del número 2 de ese artículo 319: “(...) los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado”, referencia clarísima al principio de la apreciación conjunta de la prueba, cuya incorporación a este texto guarda perfecta adecuación a la jurisprudencia constitucional y ordinaria, tanto contencioso-administrativa como civil que aquí venimos citando.

Además, y teniendo presente el concepto de órgano del artículo 5.2 de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, un centro o establecimiento sanitario público no es un órgano de la Administración pública en sentido jurídico y, por tanto, los informes médicos que se emitan en el mismo ni siquiera pueden tener la consideración de documento público administrativo. En definitiva, no estamos ante unos documentos fehacientes, porque no los expide un fedatario público. Tampoco estamos ante unos documentos que constituyan prueba tasada (expresión que, obviamente, hay que tomar en el sentido de prueba legal, y no en el sentido de prueba valorada según una tarifa previamente establecida, curioso antecedente del que hay ejemplos en la historia de la procesalística). Por tanto, ni siquiera cabe decir que estamos ante una prueba hipervaluada por el legislador (de la que sigue habiendo todavía algunos casos en nuestro derecho) que goce de mayor eficacia probatoria que las demás en el bien entendido, hay que insistir en ello, de que hipervaloración legal de una prueba determinada no implica eliminación del principio de apreciación conjunta de la prueba con arreglo a las reglas de la sana crítica.

### **F) Sentencia: es incongruente si se basa en motivo no alegado por las partes sin acudir al procedimiento del artículo 33.2 LJCA**

El principio de congruencia obliga a los tribunales contencioso-administrativos a juzgar dentro de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición. El artículo 43.2 de la anterior LJCA, artículo 33.2 de la actual, permite, sin embargo, al Tribunal introducir cuestiones no apreciadas debidamente por las partes por existir otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, debiendo dar a las partes la oportunidad de alegar lo que en su defensa estimaran procedente en derecho. Según la **STS de 9 de noviembre de 2004**, Ar. 636, la Sentencia que fundamenta su fallo en un motivo no alegado por las partes en sus escritos de demanda y oposición, sin acudir al procedimiento establecido en el artículo 43.2 de la Ley Jurisdiccional anterior, art. 33.2 de la actual, incurre en incongruencia vulnerando así el derecho de defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución.

### **G) Extensión de efectos: las situaciones de hecho y las pretensiones jurídicas deben ser las mismas**

El artículo 110.1.a) es terminante a este respecto: exige que sean no semejantes, ni parecidas, similares o análogas, sino idénticas. Por tanto, es preciso operar con extremo cuidado a la hora de comprobar si existe o no esa identidad. Naturalmente, 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 fun-

damentan en un caso y en el otro. Pues bien, del examen de las actuaciones analizadas en la STS de 22 de noviembre de 2004, Ar. 8103, se desprende que aquí no se da dicha identidad, ya que en el supuesto resuelto por la Sentencia de 30 de junio de 1998 se produjeron unas circunstancias que no concurren en el presente, ya que la actora no puede después, cuando conoce la Sentencia cuyos efectos solicita, pretender que se le indemnice por la privación de un derecho que no ejercitó en su día. Esto no supone que considere exigible un requisito que el artículo 110 no impone. Lo único que está haciendo es cumplir lo que en dicho precepto, concretamente en su apartado 1.a), se establece: que sólo cabe la extensión de los efectos de una sentencia cuando las situaciones jurídicas son idénticas.

## H) Medidas cautelares

### a) Notas del sistema general de tutela cautelar

Según la STS de 21 de octubre de 2004, Ar. 554, la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) se integra por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LJ), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de éstas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 LJ).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que “la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”.

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, “la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero”.

4ª. Desde una perspectiva procedimental la nueva ley apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto”; expresión que reitera en el artículo 130.2 *in fine*, al exigir también una ponderación “en forma circunstanciada” de los citados intereses generales o de tercero.

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

5ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de *numerus apertus*, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.

6ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo “en cualquier estado del proceso” (artículo 129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, “hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley” (artículo 132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (artículo 132.1 y 2).

7ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse “las medidas que sean adecuadas” para evitar o paliar “los perjuicios de cualquier naturaleza” que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (artículo 133.1); añadiéndose además que la misma “podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho” (artículo 133.3).

De las anteriores características del nuevo sistema de medidas cautelares establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio, debemos destacar, ahora, dos aspectos: En primer término, sin ninguna duda, debe destacarse la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado *periculum in mora* como fundamento de las innominadas medidas cautelares; y, en segundo lugar, como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero.

En relación con el citado primer aspecto, así lo ha destacado la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la Ley 29/1998, de 13 de julio. En los AATS de 22 de marzo y 31 de octubre de 2000 se señala que “esta Sala ya ha declarado de manera reiterada, en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del *periculum in mora*”; resoluciones que señalan que el mismo “opera como criterio decisor de la suspensión cautelar”. Por su parte, los AATS de 2 de noviembre de 2000 y 5 de febrero, 21 de marzo y 25 de junio de 2001 exponen que “en el nuevo régimen de medidas cautelares, ya no sólo limitado a la suspensión, instaurado por la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, partiendo de aquel principio general, ‘no otro sentido puede tener el adverbio únicamente del artículo 130.1’, se permite al Órgano jurisdiccional en sus artículos 129 y 130, la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia: valorando no sólo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada.

La exégesis del precepto conduce a las siguientes conclusiones: a) la adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso; b) aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y, c) en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el Órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada”.

### **b) No proceden medidas cautelares cuando se ha dictado sentencia en el asunto principal, aunque se hubiese interpuesto recurso de casación contra ella**

Según la STS de 22 de noviembre de 2004, Ar. 447, el recurso de casación resulta sin contenido puesto que el efecto suspensivo que la medida cautelar podría suponer ha perdido toda virtualidad por la conclusión del proceso a que se refería, teniendo en cuenta que los efectos de la suspensión de la ejecución del acto solamente se mantienen durante la tramitación del recurso y hasta que recaiga sentencia que ponga fin al procedimiento en que se haya acordado, con lo cual el recurso de casación carece de contenido, sin que a la anterior conclusión se oponga la circunstancia de que la sentencia dictada en los autos principales haya sido o no recurrida en casación, pues la medida cautelar, como se dice, ha perdido virtualidad y la posibilidad de suspensión es cuestión que, en su caso, estará referida y resultará de la ejecución de la propia sentencia.

### **c) El alzamiento de la medida cautelar debe basarse en un cambio de circunstancias**

Según la STS de 13 de octubre de 2004, Ar. 6829, la limitación que el artículo 132.1 LJCA establece a la modificación o revocación de las medidas cautelares es un tributo al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE), el cual no permitiría que las medidas pudieran ser alteradas aun siendo las mismas las circunstancias en que se basó la primera decisión.

## **2. RECURSO DE CASACIÓN**

### **A) Motivos: el motivo previsto en el artículo 88.1.a) LJCA no puede basarse en una cuestión nueva**

Conforme señala la STS de 29 de junio de 2004, Ar. 8157, la naturaleza extraordinaria del recurso de casación reside también en que en este recurso, del que conoce la Sala de

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y que tiene como finalidad asegurar la interpretación uniforme del ordenamiento jurídico mediante la formación de doctrina jurisprudencial que constituye fuente del Derecho, no se pueda modificar el objeto del recurso contencioso-administrativo ni el debate jurídico-procesal constituido, ni alterar, ni suscitar motivos nuevos a los planteados en la instancia, porque el juicio de legalidad no se realiza por esta Sala de forma abstracta, sino mediante el procedimiento de revisión de la sentencia del Tribunal *a quo*, que ha debido decidir todas las cuestiones controvertidas en el proceso, conforme reza el artículo 80 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. El Tribunal Supremo, en el ejercicio de sus funciones casacionales se encuentra vinculado a respetar el principio de congruencia que interesa la más perfecta adecuación entre las pretensiones de las partes y la decisión jurisdiccional de instancia y la *causa petendi* instada en el recurso de casación, sin que las partes dispongan de poder de disposición sobre el Derecho material que les faculte para pretender en sede de este recurso extraordinario de casación la introducción de nuevos fundamentos jurídicos que sostengan la impugnación de los actos administrativos que no hubieren sido objeto de alegación en el recurso contencioso-administrativo de instancia.

El principio de congruencia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que impone al juez el deber de motivar las resoluciones judiciales mediante la exposición de los razonamientos suficientes que se corresponda con las pretensiones formuladas y las alegaciones aducidas por las partes, se proyecta como deber procesal a las partes impidiendo que puedan suscitar en el recurso de casación cuestiones que no han sido planteadas en el recurso contencioso-administrativo y que, consecuentemente, no han sido objeto de razonamiento por el juzgador al no gozar de un poder de disposición material que le faculte para solicitar en sede del recurso de casación una revocación de la sentencia en base a nuevos fundamentos jurídicos.

La STS de 5 de Julio de 1996, con cita de las Sentencias de 16 y 18 de enero y 11 y 15 de marzo de 1995, resume esta doctrina jurisprudencial al afirmar que la pretensión revocatoria casacional no puede fundamentarse al amparo del artículo 95.1.4º LJCA en un motivo que suponga el planteamiento por el recurrente de cuestión nueva que no haya sido suscitada en la instancia y que, por consiguiente, no haya sido objeto de controversia ni de decisión en la sentencia recurrida, y ello por dos razones; por una parte, porque el recurso de casación tiene por finalidad propia valorar si se infringieron por el Tribunal *a quo* normas o jurisprudencia aplicable (además de si se quebrantaron las formas esenciales del juicio por haberse vulnerado las normas reguladoras de la sentencia o las que rigen los actos o garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión) y resulta imposible que pueda producirse aquella infracción en relación con una cuestión que ni siquiera fue considerada y sobre la que, por tanto, no hubo pronunciamiento en la sentencia –omisión que, en su caso, de entenderse improcedente, tendría su adecuado cauce revisor en el de la incongruencia omisiva–, y, por otra, porque tan singular *mutatio libelli* afectaría al mismo derecho de defensa del recurrido que garantiza el artículo 24 de la Constitución, en el supuesto de que, sin las posibilidades de la alegación y de la prueba que corresponden a la instancia, se entendiera admisible el exámen y decisión de una cuestión sobrevenida a través del recurso de casación con las limitaciones que comporta su régimen respecto de dichos medios de defensa.

**B) Inadmisión****a) Cuantía**

a') El tiempo transcurrido desde la elaboración de un presupuesto de obras no integra el valor de la pretensión

En el asunto resuelto por el **ATS de 8 de julio de 2004**, Ar. 8158, la cuantía litigiosa no supera el límite legalmente establecido para el acceso al recurso de casación, toda vez que, según consta en las actuaciones, el coste de las obras de construcción de la vivienda unifamiliar para las que se concedió la licencia anulada ascendía a 12.977.099 pesetas, cantidad que claramente es inferior al límite casacional establecido en el artículo 86.2.b) LJCA, lo que determina la inadmisión de los recursos interpuestos, por insuficiencia de cuantía.

No pueden oponerse válidamente a esta conclusión que nunca puede ser determinante la cuantificación económica para excluir del conocimiento de este Tribunal lo que tiene verdadera enjundia jurídica, o que la cuantía del recurso supera los 25 millones de pesetas como consecuencia del aumento de los costes de construcción pues una cosa es el presupuesto inicial y otra el coste final, una vez realizada la obra. Tales alegaciones no pueden prosperar pues no cabe desconocer que, conforme al artículo 41.1 LJCA, la cuantía del recurso contencioso-administrativo viene determinada por el valor económico de la pretensión objeto del mismo, valor que en casos como el que nos ocupa viene representado, como esta Sala ha dicho reiteradamente, por el importe de las obras cuya licencia ha sido anulada. A lo que ha de añadirse que, como ya ha señalado el Alto Tribunal en el Auto de fecha 24 de marzo de 2003, recaído en un asunto análogo al que ahora se examina, el tiempo transcurrido desde la elaboración del presupuesto no integra el valor de la pretensión ejercitada.

b') En la exención del Impuesto Especial de Bienes Inmuebles de entidades no residentes, la cuantía es el importe de la cuota tributaria multiplicada por diez

El **ATS de 1 de julio de 2004**, Ar. 6945, nos recuerda que para la determinación de la cuantía en asuntos sobre la exención del Impuesto Especial de Bienes Inmuebles de entidades no residentes debe estar —regla 6ª del artículo 489 de la LEC de 1881, hoy regla 7ª del artículo 251 LEC vigente— al importe de la cuota tributaria multiplicado por diez (por todos Autos de 14 y 28 de febrero, 17 de marzo y 24 de abril de 2002).

**FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO**

# Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

**E. LINDE PANIAGUA y P. MELLADO PRADO**

**Iniciación al Derecho de la Unión Europea**

[Colex, Madrid, 2005, 239 páginas]

ALFREDO ALLUÉ BUIZA

Es la segunda edición, con las correspondientes referencias a la Constitución Europea, de este manual iniciático al mundo del Derecho Europeo que, con una gran carga de síntesis y buena dosis de pedagogía –tan necesaria en este tema– realizan los autores, sin que ello signifique renunciar a la complejidad.

La obra se inicia con un capítulo titulado “la Unión Europea como proyecto abierto” dedicado a reflexionar acerca de la naturaleza jurídica de la Unión Europea; y si existe o no una contraposición con las Comunidades Europeas. Es decir, si todo se reduce a un mero nominalismo o se deben de extraer consecuencias jurídicas. Los Autores insisten entre el acusado carácter intergubernamental de la Unión y el supranacional de las Comunidades Europeas; quedando ambas realidades jurídicas fundidas en el Proyecto de Constitución, sobre la base de la democracia como principio fundacional. Como observan en su epílogo, la convergencia, y también la contraposición, de este sistema político es lo que determina una “singularidad excepcional” del mismo, siendo “una estructura de poder abierta, susceptible de canalizar tensiones entre los distintos intereses en juego y, finalmente, capaz de dotar al conjunto de un notable equilibrio”.

El Capítulo II está dedicado a las Instituciones. Se parte de la constatación de que el marco institucional no está cerrado. Sería un equívoco establecer en el análisis institucional una permanente, y artificiosa, comparación, en la búsqueda de analogías, con el sistema de decisión de poderes existente en los Estados miembros, sobre la base de si existe o no déficit democrático. Lo que traduce el sistema institucional, y de ahí lo absurdo del método analógico, es una tensión entre las fuerzas centrípetas de las soberanías nacionales y las fuerzas centrífugas transnacionales. En este Capítulo los Autores analizan con exhaustividad la organización, composición, funcionamiento y competencias de cada una de las Instituciones Comunitarias y Órganos Auxiliares.

En lo que respecta a las fuentes, al ordenamiento jurídico autónomo que expresa el Derecho Europeo, se hace, en el Capítulo III, un exitoso esfuerzo por develarnos el, a veces, inextricable sistema de fuentes y sus engorrosos procedimientos de adopción de decisiones; lo que, sin duda, conforma la parte más atractiva de la obra, por su utilidad docente. Los Autores insisten en explicar cómo se integra el ordenamiento derivado en el derecho interno de los Estados, así como el ámbito de aplicación y eficacia del derecho originario.

Por último, en lo que se refiere al sistema de garantías, se analiza el control político, y, esencialmente el control jurisdiccional, control procedimentalmente muy renovado con la entrada en vigor del Tratado de Niza y que es el que mejor define a la Unión Europea como una Comunidad de Derecho.

En definitiva, un libro para hacer uso, y tal vez abuso, del mismo en las explicaciones a los alumnos de

cualquiera de los ciclos universitarios. Una buena obra que se une a otras tan necesarias para el ejercicio del “arte docente” (término un tanto “políticamente correcto”; pero que debe significar una exigencia para todos los que estamos implicados en la formación universitaria).

**J. ESPARTERO CASADO** (Coord.),  
**A. ALLUÉ BUIZA, A. CALONGE VELÁZQUEZ,**  
**A. PALOMAR OLMEDA, A. RODRÍGUEZ**  
**MERINO y H. VILLAREJO GALENDE**

**Introducción al derecho del deporte**

[Dykinson, Madrid, 2004]

IGNACIO GARCÍA VITORIA

Quienes se dedican al deporte se encontrarán habitualmente ante conflictos que requieren conocer las líneas básicas de la regulación jurídica de este fenómeno social. Basta seguir con atención la información deportiva para constatar cómo es un sector especialmente controvertido. Movimiento olímpico, disciplina deportiva, federaciones deportivas, sociedades anónimas deportivas o dopaje son términos de uso corriente. El presente libro, que cuenta con la participación de buenos especialistas en Derecho Público, permite al lector conocer los elementos básicos de este sector del ordenamiento jurídico. En los primeros capítulos se expone de forma asequible las líneas esenciales de la organización del deporte en el ámbito internacional, los principios constitucionales –los poderes públicos fomentarán la educación física y el deporte (artículo 43.3 CE)– y la legislación de desarrollo. No faltan capítulos sobre aquellos aspectos concretos que reclaman una especial atención. Tras realizar un amplio análisis del asociacionismo deportivo, se aborda el sistema disciplinario, la regulación del deporte profesional, el marco de las titulaciones deportivas y la financiación de las actividades deportivas.

El manual contiene claves para la reflexión. No se presenta el derecho del deporte como un ámbito cerrado e inmutable, sino como un conjunto de normas que se proyectan sobre una realidad abierta a una continua evolución. Una aproximación crítica es esencial en un ámbito cuyos principios generales están frecuentemente relacionados con el ejercicio de derechos fundamentales. El derecho a la educación, el derecho a la integridad física, el derecho a la intimidad, la libertad de expresión, el derecho de asociación o el principio de legalidad del derecho sancionador plantean problemas singulares en este ámbito que los autores del presente libro no eluden. *Introducción al derecho del deporte* compagina claridad y rigor, por lo que constituye una excelente plataforma para lanzarse a conocer este interesante sector del ordenamiento.

**L.A. VELASCO SAN PEDRO** (Coord.)

**Derecho europeo de la competencia (Antitrust e intervenciones públicas)**

[Lex Nova, Valladolid, 2005]

IGNACIO GARCÍA VITORIA

La obra colectiva que tenemos el honor de reseñar se dirige a un público amplio. Según el propósito manifestado por el coordinador en la presentación, aspira a ser útil tanto para estudiantes como profesionales. El resultado confirma con creces las expectativas iniciales y estamos seguros que los distintos capítulos interesarán vivamente también a los docentes e investigadores cuyo campo de especialización sea el Derecho económico.

El conjunto de las colaboraciones compone una síntesis coherente e inteligible del Derecho europeo de la competencia. El núcleo central del análisis del sector antitrust gira en torno a dos grandes temas: las prácticas colusorias y la concentración del

poder económico. Abre la obra una interesante introducción sobre el Derecho europeo de la competencia y un capítulo donde se explican con claridad y sencillez los principios generales del régimen de la prohibición de los acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas (Luis VELASCO SAN PEDRO). Una primera aproximación que facilita la lectura de los capítulos siguientes, donde se desarrollan los aspectos más destacados de este sector del ordenamiento: los acuerdos verticales (Joseba Aitor ECHEBARRÍA SÁENZ), horizontales de cooperación entre empresas (Vicente MAMBRILLA RIVERA), sobre transferencia de tecnología (Ángel Marina GARCÍA MUÑÓN), en materia de seguros (María Jesús PEÑAS MOYANO) y transportes (José Luis POZO MARTÍNEZ).

El siempre complejo problema de la concentración del poder económico es abordado con notable brillantez en las contribuciones sobre el abuso de posición dominante (Marcos SACRISTÁN REPRESA) y los instrumentos de control de las concentraciones de empresas (Carmen HERRERO SUÁREZ). El cuadro se completa con el estudio del procedimiento de aplicación de las reglas sobre competencia (Antonio J. ADRIÁN ARNÁIZ y Jesús QUIJANO GONZÁLEZ).

El libro contiene, junto a aspectos más descriptivos, materiales para la reflexión. El lector encontrará sugerentes ideas sobre cuestiones clave como la finalidad de la libre competencia o la no siempre sencilla relación entre libertad económica y Derecho de la competencia. Hemos de concluir apuntando otro de los grandes aciertos del libro: integrar en el proyecto el análisis de las intervenciones públicas perturbadoras de la competencia. Se abordan de forma extensa temas como el de las ayudas públicas (José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ), la contratación pública (M<sup>a</sup> Yolanda FERNÁNDEZ GARCÍA), los servicios de interés económico general (José Antonio GARCÍA DE COCA) y las distorsiones provocadas por el sistema fiscal (Felipe ALONSO MURILLO). En síntesis, estamos ante una obra oportuna que llega en un momento en el que se están revisando los valores y procedimientos que se encuentran detrás de esta política comunitaria.

**M. BASSOLS COMA, (Coord.)**

### **La Administración Pública de las Comunidades Autónomas**

[Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004, 877 páginas]

JESÚS DEL OLMO ALONSO

El estudio de la Administración pública de las Comunidades Autónomas ha cobrado, desde sus orígenes, una importancia cada vez más creciente. Martín BASSOLS COMA, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá, gracias a su dilatada experiencia en esta materia, ha coordinado un completo estudio que pretende abordar el régimen actual de funcionamiento de las Administraciones autonómicas, sus problemas y sus perspectivas de futuro. Por las actuales circunstancias políticas este trabajo presenta una gran actualidad y en él se aportan interesantes reflexiones sobre temas centrales del debate político y jurídico español: la financiación autonómica, la necesidad de una “segunda descentralización”, el papel del Senado, etc.

La obra se inicia con un Estudio Preliminar del propio Martín BASSOLS sobre el conjunto de relaciones institucionales e interadministrativas que afectan a las Administraciones de las Comunidades Autónomas. A continuación, tres estudios generales analizan las relaciones de las Comunidades Autónomas con el Estado, la Administración Local y la Unión Europea. La mayor parte del volumen se destina, sin embargo, a estudios específicos que muestran las principales singularidades organizativas existentes en cada una de las diecisiete Comunidades Autónomas y en las dos Ciudades Autónomas. Todos los trabajos han sido elaborados por especialistas de reconocido prestigio (C. JIMÉNEZ PIERNAS, I. AGIRREAZKUENAGA, E. ARGULLOL MURGADAS, A. PÉREZ MORE-

NO, P. ESCRIBANO COLLADO, L. MARTÍN REBOLLO, J. M<sup>a</sup> BAÑO LEÓN, J. BERMEJO VERA, L. ORTEGA, A. SÁNCHEZ BLANCO, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, ...)

Este amplio volumen ayuda al lector a obtener una útil visión comparada de las Administraciones públicas autonómicas. Contribuye también al análisis de los problemas más frecuentes y las distintas soluciones adoptadas, con especial atención a las medidas de modernización.

**F. SOSA WAGNER**

**El mito de la autonomía universitaria**

[2<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 2005, 173 páginas]

Una vez más el Profesor SOSA WAGNER, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de León, nos imbuje de lleno en otro tema clave de nuestro sistema y, particularmente, de máxima actualidad y que a todos preocupa: la Universidad.

Esta obra que aporta al debate universitario, de tan actualidad, una visión que no sólo universitarios, sino también y –principalmente– políticos deberían tener en cuenta, nos advierte de los peligros de la autonomía universitaria, o más bien de los peligros a que la misma puede llevarnos si continúa el camino que hace ya algún tiempo ha emprendido.

El autor, buen conocedor de la Historia, –como ha mostrado en numerosas ocasiones (sirva de ejemplo su libro *Posada Herrera: actor y testigo del Siglo XIX*, Universidad de León, León, 2000)–, recurre de nuevo a esta rama del conocimiento para mostrar de dónde venimos –en este caso, de dónde viene la autonomía universitaria– pues sólo conociendo sus orígenes puede comprenderse la finalidad última de esta institución, finalidad de la que parece haberse alejado en los últimos tiempos.

En esta obra se ponen de manifiesto los males que aquejan a la Universidad en muchos de sus aspectos: profesorado, planes de estudios, estatutos, organización, investigación, etc. Apela el autor, especialmente, a la prudencia en las reformas e invita a aprovechar la ocasión que la instauración del “espacio europeo” brinda para ir recuperando la excelencia y calidad que todo universitario y no universitario debe anhelar de una institución que, como cúspide del sistema educativo, es clave en toda sociedad, y alcanzar de este modo el objetivo de una verdadera Universidad autónoma y democrática.

Las palabras, opiniones e ideas del autor no parecen haber dejado indiferente a nadie, al menos, eso podría deducirse de la salida al mercado de la segunda edición de esta obra pocos meses después de que la primera viera la luz. Sólo resta desear que entre esos lectores se encuentren aquellos en cuyas manos están las decisiones que afectan a la comunidad universitaria y, por extensión, a toda la sociedad.

**T. DARNSTÄDT**

**La trampa del consenso**

[Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2005, 245 páginas]

Se trata este libro de una traducción de la obra de Thomas DARNSTÄDT de manos de Juan MARTÍNEZ DE LUCO ZELMER y Francisco SOSA WAGNER, precedida de un interesante estudio de este último autor, en el que revela una vez más su conocimiento profundo del sistema alemán (valga de ejemplo su obra *Maestros alemanes de Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, tomo I, 2002, tomo II, 2004), y cómo a través de su cuidada e inspiradora prosa –que sin perder rigor científico se acerca a la mejor literatura–, nunca deja indiferente al lector sino, al contrario, le empuja a la reflexión, logrando el fin último de todo verdadero estudio, que es excitar la inteligencia del lector.

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

El autor, DARNSTÄDT, nacido en 1949 –año en que se aprobó la Ley Fundamental de Bonn–, Doctor en Derecho y profesor de la Universidad de Hamburgo, y que en calidad de periodista ha dirigido la sección de política alemana de la revista *Der Spiegel*, entrelaza ambas facetas: como jurista y periodista, en esta obra, en la que se ponen de manifiesto, como explica el profesor SOSA WAGNER, “los elementos menos armónicos del federalismo alemán” y cómo el consenso, como afirma el propio autor, se ha convertido en “una forma carísima de organizar la irresponsabilidad”.

Y es quizás en este momento en que se debate una reforma de aspectos esenciales del sistema español, el más propicio para echar una mirada a un ordenamiento que, como el alemán, ha sido en muchos puntos inspirador del nuestro, como delatan algunos preceptos claves de la Constitución Española de 1978 si se compara con la *Grundgesetz*.

Así, el profesor SOSA WAGNER en su estudio preliminar hace una transposición de las reflexiones de DARNSTÄDT al sistema español –aunque no comparte todas las opiniones del autor–, dignas de tener en cuenta en lo sucesivo para afrontar los cambios con conocimiento de las posibles consecuencias. Pero también busca la explicación a la generalización del método del consenso donde es preciso hacerlo, es decir, en la Historia, remontándose al teólogo Nicolás DE CUSA, que ya en su obra *De concordatía católica* habla del consenso en 1433.

Evolución histórica que no sólo sirve para explicar el surgimiento del consenso sino también para recordar, de la mano de un conocedor de la misma, la historia de la legitimación del poder del Estado mismo y de muchos de los pensadores, filósofos y juristas que, defendiéndolo o atacándolo, han contribuido a la evolución del pensamiento político (MAQUIAVELO, HOBBS, BODINO, LOCKE, MONTESQUIEU, ROUSSEAU, MARX, ORTEGA Y GASSET, KELSEN, WEBER, HABERMAS, OTTO MAYER, L. DUGUIT, etc.)

Pues de eso se trata, de una nueva legitimidad de las decisiones buscada en el consenso, pero esto debe lle-

varnos a preguntarnos si ya no es suficiente la legitimación de las urnas, o quizás es que ya no se confía en nuestros representantes, pero sobre todo es preciso tener en cuenta los riesgos de ese consenso, que puede llegar a caer en lo que muy acertadamente pone de manifiesto el profesor SOSA WAGNER y denomina “la participación de los privilegiados o el corporativismo silencioso”, pues en ese caso la democracia lejos de mejorar se empobrece.

Tras la evolución histórica del nacimiento del consenso, de la legitimación del poder y del federalismo alemán, concluye el autor del estudio preliminar con una reflexión impecable y que responde al motor de todo sistema: el cambio, y así afirma que “es ingenuo pensar que el Estado, tal y como lo conocemos, va a permanecer indefinidamente en sus actuales hechuras”. De este modo, la evolución experimentada hasta ahora no sólo justifica y explica el estado actual de las cosas, sino que hace prever el futuro cambio de las mismas.

Y con ello se da paso a la traducción de la obra de DARNSTÄDT que, como bien señala el profesor SOSA, puede no compartirse con el autor las reflexiones en torno al consenso y sus posibles perniciosos perjuicios, pero despierta las alarmas en torno a la cuestión.

Para este autor, la maraña compleja que hila la distribución de competencias entre el BUND y los LÄNDER provoca que ante determinadas cuestiones conflictivas nadie pueda decir de forma definitiva “sí”, pero sí muchos tengan autoridad suficiente para decir “no”, es decir, que a través del método del consenso en la adopción de las decisiones nadie es responsable de nada, la responsabilidad se difumina entre los múltiples agentes intervinientes en su adopción.

En fin, es hoy –más que nunca– un momento histórico propicio para la reflexión y para buscar en sistemas como el alemán, que ha sido modelo seguido en múltiples aspectos esenciales de nuestro ordenamiento, las ventajas e inconvenientes de un posible cambio antes de acometerlo.

L. CALVO (Coord.)

**Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. Estudios de Derecho forestal estatal y autonómico**

[Civitas, Madrid, 2005, 1.300 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Luis Calvo, Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Burgos, ha afrontado en esta obra la siempre ardua tarea de coordinar un trabajo de gran magnitud, como éste.

Sin duda al buen resultado ha contribuido su experiencia no sólo teórica sino también práctica, pues si es, sin duda un gran experto en materia de colegios profesionales, no lo es menos en temas forestales.

Ha logrado además el coordinador de esta obra que la misma no se limite a ser un comentario al articulado de una Ley tan actual e importante como la de Montes, sino un verdadero Tratado de Derecho forestal, contando para ello con la colaboración de especialistas que han sabido aportar a la obra la visión omnimoda que el tema merece.

Como su propio título indica y además se explica en la Presentación, este libro no se limita a la Ley estatal de 2003, sino también a las leyes autonómicas –todas ellas anteriores a excepción de la Ley 3/2003, del Principado de Asturias–, pues la normativa de las CCAA ha sido pionera en estas lides ante la ausencia de una Ley posconstitucional del Estado en que se fijasen las bases o legislación básica que comprende su competencia.

Y todo ello en el marco de la normativa no sólo comunitaria sino también internacional, sin olvidar el Derecho comparado que en muchas ocasiones, como es este caso, sir-

ve para comprender el cambio de perspectiva que no sólo la nueva regulación forestal ha alcanzado, sino la propia visión del monte.

Esta nueva perspectiva supera la visión productiva de la Ley de 1957 y añade a la vertiente medioambiental, fuertemente intensificada tras la Constitución de 1978 y, especialmente, su artículo 45, la nueva dimensión social de este recurso.

T. CANTÓ

**Ordenación ambiental de la agricultura (Ayudas ecocondicionadas y técnicas de mercado)**

[Tiran lo blanch, Valencia, 2005, 470 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

El presente libro es el fruto de la interesantísima tesis de Teresa Cantó, dirigida por el profesor Ramón Martín Mateo y defendida, con el título: “La integración de los condicionantes ambientales en la Política Agrícola Común”, en la Universidad de Alicante el 18 de septiembre de 2003.

En esta monografía la autora aborda un tema de máxima actualidad: la Política Agrícola Común (PAC), especialmente desde el punto de vista ambiental y de las medidas de fomento que en esta dirección se han venido aprobando en los últimos tiempos, no sólo a nivel español sino también comunitario y de otros países de nuestro entorno.

Así, parte en este estudio de una primera aproximación a la actividad agraria, poniendo de manifiesto su multifuncionalidad: función económica, ecológica y social, para pasar en el segundo capítulo al estudio de las cuestiones ambientales de la agricultura y la necesidad de encaminar las actuaciones hacia la agricultura sostenible. De este modo, puede comprobarse la importancia

de dos términos de máxima actualidad no sólo en materia de agricultura sino en otras como la forestal: la multifuncionalidad y la gestión sostenible.

Se analiza en este libro también la PAC desde esta perspectiva ambiental que es la adoptada igualmente en el estudio de las ayudas directas, pues, como ya se ha dicho, una parte importante de esta obra se centra en las medidas de fomento, medidas que persiguen encaminar y orientar las actividades, en este caso agrarias, en la dirección más adecuada para el respeto medioambiental, y tratando de este modo de contrarrestar o, al menos, frenar, el incremento del deterioro ambiental que la modernización de las tareas agrarias ha traído consigo, tal y como plasma el profesor Ramón MARTÍN MATEO en el ilustrativo prólogo a esta obra.

Sin embargo, el estudio de la actividad agraria no se hace aisladamente, sino relacionándola con el medio rural en que se desarrolla normalmente y, de forma particular, con el hoy importantísimo objetivo de la Unión Europea, del desarrollo rural.

Termina esta completa obra con el estudio de la integración de las medidas ambientales en este mercado, es decir, la agricultura ecológica, que, podría definirse –siguiendo a la autora– como aquella que no utiliza productos químicos de síntesis en la producción de los productos, introduciéndose el modelo de sustitución de insumos artificiales; y, finalmente, la producción integrada que, como señala Teresa CANTÓ, responde a las exigencias de la agricultura moderna, es decir, a la rentabilidad del cultivo y la protección del ambiente, se trata de un método de producción agraria sostenible en la medida en que sus prácticas agrarias implican un equilibrio de los ecosistemas, reduciendo la contaminación de los recursos y disminuyendo la cantidad de residuos químicos indeseables en los alimentos.

En fin, la profesora Teresa Cantó, recorre en esta monografía un camino que va desde una primera aproximación al concepto de agricultura y las medidas

ambientales hasta llegar a la concreción y unión de ambos aspectos en las denominadas agricultura ecológica y producción integrada, sin olvidar su papel en el desarrollo rural y ofreciendo de este modo un amplio y completo panorama de un tema actual y en plena reforma y adentrando al lector en una materia tan concreta, haciendo interesante y comprensiva una regulación específica y compleja.

**M.J. ALONSO MAS**

### **Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento**

[Tiran lo blanch, Valencia, 2005, 89 páginas]

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

La STC 2/2003, de 16 de enero, modifica la doctrina establecida en la STC 177/1999, de 11 de octubre, sobre la eficacia del *non bis in idem* material y el carácter de la preferencia del proceso penal, cuando la sanción administrativa se anticipa indebidamente a la pena judicial. La solución propugnada por la Sentencia 2/2003, que retoma la doctrina tradicional del TC en la materia, añadiendo a la misma algunas soluciones novedosas, pretende en esencia, como detalla la autora, consagrar el carácter absoluto de la prevalencia del orden jurisdiccional penal sobre el procedimiento administrativo sancionador. Para lo cual razona como sigue. La sanción administrativa impuesta antes de que finalice el proceso penal por el mismo ilícito no excluye la imposición de una pena judicial posterior. El *non bis in idem* no conlleva, sin más, la anulación de la segunda sanción que se imponga, sea administrativa o penal. Impuesta, en primer lugar, una sanción administrativa, la regla de la preferencia de la jurisdicción penal obliga a tramitar posteriormente el proceso penal y a imponer la pena. Con ello, no se vulnera el *non bis in idem* material. Basta para garantizarlo con aplicar la solución de la compensación, descontando al ejecutar la pena el mal que haya supuesto el cumplimiento previo de la sanción administrativa y anulando todos los

efectos perjudiciales que haya generado la misma. Esta solución difiere, como se encarga de recalcar ALONSO MAS, de la establecida por la Sentencia 177/1999 que debilitó la regla general de la preferencia del proceso penal, al reducir su valor al de mero instrumento formal para garantizar el *non bis in idem* material, esto es, la prohibición de doble sanción por la misma infracción. Según esta última sentencia, si la sanción se antepone a la pena por error de la Administración no imputable al afectado, la preferencia del proceso penal debe ceder para garantizar la efectividad real del *non bis in idem*. Sin embargo, la Sentencia 2/2003 cambia de criterio: desecha el cronológico y le otorga a la regla de la preferencia del proceso penal un carácter incondicional y constitucional. Aun a costa de enervar las consecuencias del *non bis in idem* material y de vulnerar, según la autora, la prohibición de doble procedimiento punitivo.

Tras esta introducción, aborda la monografía el análisis de dos temas fundamentales. De un lado, la prohibición de doble enjuiciamiento; y, del otro, la prevalencia de la vía jurisdiccional penal. Con carácter preliminar, se discuten los fundamentos del *non bis in idem* material, sometiendo a examen los diversos criterios acuñados por la jurisprudencia y la doctrina. En concreto, se consideran fundamentos válidos los principios de proporcionalidad y de seguridad jurídica, y se rechazan, sin embargo, los de tipicidad y de cosa juzgada.

La primera parte de la obra se refiere a los problemas que plantea la prohibición de doble enjuiciamiento, esto es, la imposibilidad de que existan dos procedimientos punitivos por el mismo hecho, contra el mismo sujeto, y para proteger el mismo bien jurídico. Se alude, en primer lugar, al valor relativo que la STC 2/2003 ha conferido a esta prohibición, que tan sólo entraña la imposibilidad de doble enjuiciamiento simultáneo, pero no del sucesivo, en caso de que el proceso penal sea absolutorio. A este respecto se propone, con el fin de evitar la duplicidad de procedimientos, una reforma de la LOPJ para atribuir a los jueces penales la potestad de sancionar, dentro del proceso penal, las infracciones administrativas que correspondan en estos casos. La autora defiende, en segundo término, el carácter autónomo del *non bis in idem* procedimental, que no debe reducirse, a su entender, a un mero instrumento del

*non bis in idem* material. Fundamenta su independencia en el derecho a un proceso con todas las garantías, pues, precisamente, una de ellas es la prohibición de sufrir un doble procedimiento punitivo por el mismo ilícito. Critica, en consecuencia, la Sentencia 2/2003 que sólo prohíbe el doble proceso punitivo sucesivo con el mismo objeto cuando ambos sean de naturaleza penal, o cuando el administrativo sancionador sea equiparable –por la gravedad que entrañe– a uno penal. La autora se pregunta qué carácter habrá de conferirle, a estos efectos, al juicio penal de faltas que constituye un proceso cuyas garantías y consecuencias sancionadoras suelen ser inferiores a las de muchos procedimientos punitivos administrativos. En tercer lugar, se cuestiona qué es lo que realmente prohíbe la vertiente procedimental del *non bis in idem*: si sólo el doble enjuiciamiento –la doble decisión– o también el doble procedimiento. Evidencia ALONSO MAS, en cuarto término, cómo para la Sentencia 2/2003 la prohibición de doble procedimiento punitivo no opera en los casos de adelantamiento de la sanción administrativa, por ceder dicha prohibición ante la prevalencia del proceso penal. La autora termina esta primera parte de su trabajo con una reflexión final: la prohibición de doble enjuiciamiento simultáneo exige que el procedimiento administrativo sancionador se paralice hasta la sentencia firme aun cuando no se cumpla con claridad el requisito de la identidad del bien jurídico protegido por las dos normas punitivas. Bastaría, en consecuencia, con la identidad objetiva.

A continuación se incluye un estudio riguroso del alcance que la Sentencia 2/2003 ha conferido a la prevalencia del orden jurisdiccional penal sobre el procedimiento administrativo sancionador. Comienza la autora poniendo de relieve, de acuerdo con la Sentencia 177/1999 y con el voto particular que se formula a la Sentencia 2/2003, el carácter accesorio e instrumental que, a su parecer, tiene esta regla. En concreto, constituye un instrumento formal para satisfacer dos fines primordiales: que la Administración tenga el deber de paralizar el procedimiento sancionador en caso de que concurran una norma penal y otra administrativa sancionadora. Y ello, para garantizar el *non bis in idem* material; y que la Administración que posteriormente reanude o inicie el procedimiento sancionador quede vinculada por los hechos declarados probados en la sentencia penal previa. A

estas dos finalidades, añade ALONSO MAS una tercera: en su opinión, la prioridad del enjuiciamiento penal también pretende evitar el doble procedimiento punitivo cuando el primero sea condenatorio. Pero esto, según pensamos, lo evitaría el *non bis in idem* material y no su vertiente procedimental. Continúa el estudio aclarando que la preferencia del proceso penal, aunque está relacionada con el *non bis in idem* procedimental, pues tiende a garantizar que no concurren dos procedimientos punitivos simultáneos, no se identifica con el mismo. Es más, se mantiene, en tercer término, en contra de lo que establece la Sentencia 2/2003, que ni siquiera forma parte del contenido del *non bis in idem*: ni material, ni procedimental. Sin embargo, según la mencionada sentencia, dicha regla sí integra la prohibición del *bis in idem* y, no sólo eso; además, está constitucionalizada en el art. 25.1 de la CE. Sí está de acuerdo la autora con la Sentencia 2/2003 cuando señala que el fundamento de la preferencia del proceso penal radica en que es más garantista para el imputado que el procedimiento administrativo sancionador, incluso pese al posible control contencioso-administrativo de la sanción (pues, por ejemplo, el proceso contencioso no es eminentemente oral a diferencia del proceso penal). Pero, añade, si el fundamento de la prevalencia judicial penal es su carácter garantista no se entiende cómo el propósito de satisfacer mayores garantías puede ocasionar un perjuicio al imputado —que es lo que de hecho ocurre en el supuesto contemplado por la sentencia, que subordina la efectividad real del *non bis in idem* material al cumplimiento incondicional de esta regla. Además, advierte que, en caso de que el mismo hecho constituya una falta penal y una infracción administrativa, no se explica la preferencia del juicio penal de faltas que será normalmente menos garantista que el procedimiento administrativo sancionador. Seguidamente, se proponen, frente al criterio de la subsidiariedad automática de la norma administrativa sancionadora, otros criterios distintos para solucionar el concurso de normas punitivas —penal y administrativa sancionadora— que, en mu-

chos casos, será más conveniente utilizar. A saber, el de absorción, el de especialidad, o el de alternatividad. En definitiva, para ALONSO MAS la preferencia del proceso penal es una regla general admisible, pero no con carácter absoluto. En concreto, no debe aplicarse en dos casos. Primero, cuando sea más razonable recurrir a otro criterio distinto. Segundo, cuando la Administración la incumpla y sancione primero. Si así fuera, la preferencia del proceso penal no puede convertirse en una carga para el imputado. Con otras palabras, esta regla general tiene sentido siempre que la respete la Administración. Pero si esta última sanciona primero, debe prevalecer el criterio cronológico —tal como estableció la Sentencia 179/1999, de 11 de octubre—, al menos cuando la identidad del bien jurídico protegido por la norma penal y la administrativa sancionadora en concurso sea absoluta. Se defiende, además, en el trabajo la idea —en contra de la doctrina de la Sentencia 2/2003— de que un juez penal no puede anular la eficacia de una sanción administrativa previa, aunque se haga con la loable intención de evitar la vulneración del *non bis in idem* material. Para eso, habría que modificar la actual LOPJ. Y, finalmente, se incluye un análisis exhaustivo de las consecuencias que podría originar la resolución de un recurso contencioso-administrativo contra la sanción anticipada. Si la sentencia confirmase la sanción, el efecto negativo del principio de cosa juzgada material impediría una pena judicial posterior. Lo ideal es que en vía contencioso-administrativa se anulase la sanción por vulneración de la preferencia del proceso penal. Si así fuera, podría entenderse que la sentencia contencioso-administrativa habría reparado el vicio procedimental cometido por la Administración y, con ello, quedaría expedito el proceso penal posterior.

Alaba, en último término, ALONSO MAS el parecer de la Sentencia 2/2003 que, en contra de lo establecido por la anterior Sentencia 177/1999, atribuye al TC la competencia para apreciar si concurre o no la triple identidad —de sujeto, hecho y fundamento— requerida para entender vulnerada la garantía *non bis in idem*.



# N O T A S



# N O T A S



# N O T A S

