Justicia Administrativa

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

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.

Justicia Administrativa
REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO **Nº 27** ABRIL 2005

Sumario:

DOCTRINA:

[5] **Concepto de subvención y ámbito de aplicación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre**
JOSÉ MANUEL DÍAZ LEMA

[35] **Transfuguismo y concejales no adscritos (A propósito de la reforma de la LBRL por la Ley 57/2003)**
TEODOSIO GONZÁLEZ DEL TESO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[75] **I. DERECHO COMUNITARIO**
L. ORTEGA ÁLVAREZ

[99] **II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS**
J. GARCÍA ROCA

[111] **III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS**
J. GARCÍA ROCA

[135] **IV. FUENTES DEL DERECHO**
A. MENÉNDEZ REXACH

[147] **V. ACTOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**
A. MENÉNDEZ REXACH

[167] **VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**
M. SÁNCHEZ MORÓN

[175] **VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**
M. REBOLLO PUIG

[193] **VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**
F. LÓPEZ MENUDO

[203] **IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**
F. LÓPEZ MENUDO

[221] **X. FUNCIÓN PÚBLICA**
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

[233] **XI. URBANISMO**
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

[241] **XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL**
A. EMBID IRUJO

[259] **XIII. MEDIO AMBIENTE**
A. EMBID IRUJO

[277] **XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**
J. TORNOS MAS

[313] **XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD**
I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

[325] **XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**
G. FERNÁNDEZ FARRERES

[339] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Concepto de subvención y ámbito de aplicación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre

JOSÉ MANUEL DÍAZ LEMA

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

Sumario:

I. Introducción. II. Los antecedentes. A) "Ayudas y subvenciones" en los artículos 81 y 82 de la Ley general presupuestaria. B) La sintonía con el concepto comunitario de "ayudas". C) La repercusión en los ámbitos penal y mercantil: el delito de fraude de subvenciones (Código Penal de 1995). D) Concepto de "ayudas" en la Ley general presupuestaria (1990). Síntesis. E) Continuidad con el Derecho español de subvenciones económicas. F) Conclusión. **III. La Ley 38/2003: concepto estricto de subvención y ámbito de aplicación.** A) La exclusión de los beneficios tributarios y el crédito oficial. Las excepciones contenidas en las disposiciones adicionales. B) La exclusión de las transferencias interadministrativas. Excepciones en las disposiciones adicionales. C) La exclusión de ciertos campos o sectores: ¿un principio de tipificación de las subvenciones por su finalidad? D) Recapitulación. **IV. En particular, la Ley 38/2003 y la normativa comunitaria de ayudas públicas.** A) La Ley 38/2003, instrumento de ejecución de los fondos comunitarios. B) Carencias de la Ley 38/2003 en lo relativo a las ayudas públicas estatales. En especial, el problema del reintegro. **V. Reciente evolución de las subvenciones; repercusión conceptual. VI. Conclusiones.**

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la Exposición de Motivos (apartado I), la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, ha venido a colmar una serie de insuficiencias reconocidas en el Derecho español, que concreta en los siguientes puntos: ordenar las relaciones financieras entre España y la Unión Europea que en buena medida se articulan a través de

subvenciones; establecer un régimen homogéneo para las subvenciones de las distintas Administraciones públicas, y contribuir a la racionalización del gasto público de acuerdo con los principios rectores de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria.

Las competencias estatales que sirven de base a la Ley proceden de los apartados 13ª, 14ª y 18ª del artículo 149.1 de la Constitución, como reconoce la Disposición Final Primera[1]. En efecto, apoyándose en el último apartado mencionado –la competencia estatal para establecer las bases del régimen de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común–, la Ley prevé las particularidades del acto administrativo favorable en que consiste la subvención, ya sean de tipo procedimental previas a su otorgamiento, o los controles posteriores del cumplimiento de la finalidad de la subvención, así como las consecuencias de su incumplimiento. Con ello se alcanza la que probablemente constituye la principal pretensión de la Ley 38/2003, esto es, establecer un "tratamiento común" de las subvenciones otorgadas por las diferentes Administraciones, como se cuida de señalar la misma Exposición de Motivos (I), armonizando las leyes autonómicas sobre subvenciones que han visto la luz en los últimos años[2]. A partir de estos criterios de carácter marcadamente competencial, la Ley 38/2003 fija su ámbito de aplicación sobre un concepto estricto de subvención que luce en los artículos 2 y siguientes de la misma.

Pero al hacerlo, la Ley descuida –en realidad expulsa– el tratamiento jurídico de otras medidas financieras con la misma finalidad subvencional, singularmente beneficios fiscales, préstamos y avales, en que resultan comprometidos igualmente fondos públicos. El Derecho español ha tendido a regular conjuntamente estas medidas o incentivos financieros, como lo demuestran los artículos 81 y 82 de la Ley general presupuestaria en la reforma de 1990, que utilizaban la amplia expresión "ayudas y subvenciones". Por su parte, el Derecho comunitario, sobre todo en lo tocante al examen de compatibilidad de las ayudas estatales, utiliza asimismo un concepto amplio de subvención o ayuda, al que forzosamente debe atenerse el Derecho español.

La consecuencia de ello es que los variados objetivos que se marca la Ley 38/2003 no acaban de estar bien cohonestados entre sí. Las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (13ª del artículo 149.1) constituyen uno de los títulos competenciales que sirven de base a la Ley. Esta competencia sobre la planificación debe llevar aparejada la competencia para definir los medios o instrumentos jurídicos para realizarla y su régimen jurídico. En nuestro Derecho esto se ha hecho –y se sigue haciendo– a través de las distintas medidas financieras aludidas. Pero al homogeneizar el régimen de las subvenciones en torno a la competencia estatal sobre el procedimiento administrativo común (la subvención en sentido estricto, típico acto administrativo favo-

(1) Esta disposición y los artículos relacionados con ella, han sido objeto de sendos recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Gobierno de Aragón y por el Parlamento catalán: recursos 931/2004 y 964/2004.

(2) Como la Ley de Madrid 2/1995, de 8 de marzo; la Ley foral navarra 8/1997, de 9 de junio; o la Ley de Baleares 5/2002, de 21 de junio.

rable), la propia Ley descuida el tratamiento del conjunto de medios de que se vale el Estado para la planificación general de la actividad económica. Lo mismo vale decir del engarce con el Derecho comunitario, otro de los objetivos declarados de la Ley 38/2003: la Ley es inadecuada para la regulación de las ayudas estatales que no consistan en subvenciones en sentido estricto, lo que se pone de manifiesto especialmente al proceder al reintegro de las referidas ayudas.

II. LOS ANTECEDENTES

A) "Ayudas y subvenciones" en los artículos 81 y 82 de la Ley general presupuestaria

La Ley 38/2003 no aporta, aparentemente, muchas novedades, sino que en buena medida es una simple continuación de los artículos 81 y 82 de la Ley general presupuestaria en la redacción dada a estos preceptos por la Ley 31/1990, de 27 de diciembre. Una lectura de los mismos y de la nueva ley demuestra que ésta desarrolla en profundidad materias que en la ley general presupuestaria habían sido reguladas de una manera concisa. En efecto, en el citado artículo 81 se preveían el carácter del beneficiario de la subvención, las bases reguladoras de las mismas, la posibilidad de que las subvenciones fueron otorgadas por entidades colaboradoras, la sujeción a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, el sistema de concurso, normas sobre la modificación de la resolución de concesión así como sobre reintegro de las cantidades percibidas, para concluir el artículo 82 con una lista de las infracciones administrativas y las correspondientes sanciones. Estos mismos aspectos aparecen ampliamente regulados en la nueva Ley 38/2003: los artículos 11 y 12 se refieren a los beneficiarios, el 12 y 13 a las entidades colaboradoras, el 16 al convenio de colaboración con las mismas, los artículos 17 y 18 prevén las bases reguladoras y la publicidad de las subvenciones; en los artículos 22 y siguientes se prevé con todo detalle el procedimiento de concesión y la gestión de subvenciones; a partir del artículo 36 (Título II) se regula el reintegro de subvenciones, y en el Título siguiente el control financiero de las mismas, para concluir el Título IV de la ley con el régimen de infracciones y sanciones administrativas. Se trata, por tanto, de una regulación precisa, detallada, y en lo sustancial una simple continuación de lo que establecían los citados artículos 81 y 82 de la ley general presupuestaria en la reforma de la ley de 1990 citada.

LA SUBVENCIÓN ES ENTENDIDA COMO DISPOSICIÓN DINERARIA DE LA ADMINISTRACIÓN A FAVOR DE PERSONAS PÚBLICAS O PRIVADAS SIN CONTRAPRESTACIÓN DE LOS BENEFICIARIOS Y SUJETA AL CUMPLIMIENTO DE UNA FINALIDAD

Pero en un aspecto crucial la Ley 38/2003 se aparta radicalmente de las nociones que se habían plasmado en los mencionados artículos 81 y 82 de la ley general presupuestaria. En efecto, en los artículos 1 y siguientes de la Ley 38/ 2003 se establece su ámbito de aplicación a partir de un concepto estricto de subvención, entendida como disposición dineraria de las Administraciones Públicas a favor de personas públicas o privadas, siempre que se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios y esté sujeta al cumplimiento de un objetivo o finalidad.

Por el contrario, el artículo 81 de la ley general presupuestaria establecía que las reglas previstas en dicho precepto y en el siguiente serían de aplicación a las "ayudas y subvenciones públicas", entendiendo por tales: a) toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus organismos autónomos a favor de personas o entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público; b) cualquier tipo de ayuda otorgada con cargo al presupuesto del Estado o de sus organismos autónomos y a las subvenciones o ayudas financiadas, en todo o en parte con fondos de la CEE. Evidentemente, el legislador estaba manejando aquí a la vez un concepto estricto de subvención (la disposición gratuita de fondos públicos), junto a un concepto amplio (cualquier tipo de ayuda), por lo que está justificado afirmar que la ley general presupuestaria en su reforma de 1990 daba acogida en nuestro Derecho a un concepto amplio de subvención que sumaba a las subvenciones en sentido estricto cualquier otra ayuda otorgada con cargo a fondos públicos estatales o comunitarios[3], lo que permitía aplicar en ambos casos las reglas que se acaban de mencionar relativas a los beneficiarios, entidades colaboradoras, reintegro, etc.

B) La sintonía con el concepto comunitario de "ayudas"

A través de esta fórmula "subvenciones y ayudas", el Derecho español se alineaba con el Derecho comunitario al que expresamente se refiere el artículo 81 de la ley general presupuestaria. En efecto, como es bien sabido, en el Derecho comunitario el concepto de ayudas incluye cualesquiera aportaciones financieras, directas o indirectas, efectuadas por el Estado o mediante fondos públicos, que favorezcan a una empresa o producto y que no

(3) Que en el artículo 81 de la Ley general presupuestaria se plasmaba un concepto amplio de subvención lo aceptan incluso los autores que defienden en nuestro Derecho un concepto estricto de la misma. Véase, en este sentido, PASCUAL GARCÍA, José, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, BOE, Madrid, 1999, pág. 36: "el término ayuda que se emplea viene a eliminar el riesgo derivado de una concepción restrictiva de la subvención, pues aquél es un concepto amplio comprensivo no sólo de las subvenciones en su estricto sentido administrativo, sino de cualquier auxilio económico que reúna los caracteres que la ley expresa" (hay edición posterior, la 4ª, de 2004, que incorpora la Ley 38/2003, general de subvenciones). SESMA SÁNCHEZ, Begoña, sin embargo, estima que los conceptos de subvención y ayuda en el artículo 81 de la ley general presupuestaria presentan unas diferencias mínimas o irrelevantes (*Las subvenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1998, pág. 281), aunque a continuación reconoce que una exención fiscal encajaría en el concepto de ayuda, pero no en el de subvención en sentido estricto, y que la Ley general presupuestaria utiliza un "concepto amplio de ayuda" (pág. 285, nota 7).

Por el contrario, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, "Régimen jurídico de las ayudas públicas a las actividades económicas" en, *La intervención administrativa en la economía*, Consejo general del poder judicial, Madrid, 1996, pág. 135, no atribuye ninguna consecuencia a la distinción en la Ley general presupuestaria entre ayudas y subvenciones.

respondan al principio del inversor privado[4]. La especial sensibilidad del Derecho comunitario ante cualquier medida que pueda distorsionar los intercambios intercomunitarios determina la extensión del concepto de ayuda o subvención, hasta el punto de que el criterio decisivo para calificar la compatibilidad de la ayuda con el Derecho comunitario es el del llamado "inversor privado", esto es, si un inversor privado en las condiciones normales del mercado hubiera acometido la financiación cuya compatibilidad con el mercado común se cuestiona. Las formas de las ayudas comunitarias son por tanto muy variadas, pero en lo sustancial se reducen a las subvenciones en sentido estricto, a préstamos o avales a intereses inferiores a los del mercado o con condiciones más ventajosas, a las exenciones o bonificaciones fiscales, a la inyección directa de capital social en las empresas, a las retribuciones por la realización de servicios en favor del Estado a bajo coste o gratis, y a la cesión gratuita o por precio reducido de instalaciones o terrenos[5].

La reforma en 1990 de los artículos 81 y 82 de la Ley general presupuestaria, bajo la expresión "ayudas y subvenciones", pretendía sintonizar con la normativa comunitaria sobre ayudas públicas, que por las razones expuestas engloban diversas medidas financieras. Esta pretensión era obligada tanto como consecuencia de las ayudas comunitarias a particulares españoles, como por el hecho de que las ayudas de Estado concedidas por los poderes públicos españoles tienen que superar el examen de compatibilidad con el Derecho comunitario, cuyo procedimiento se regula en el Decreto 659/1999 antes citado. El cambio terminológico producido (ayudas) expresaba un cambio de fondo consistente en incluir en dicho concepto de ayudas ciertas medidas financieras de apoyo a los particulares o las empresas que no encajan en el concepto estricto de subvención. Por eso se puede afirmar que la reforma de la Ley general presupuestaria citada, como una consecuencia refleja del Derecho comunitario, asentaba en nuestro Derecho un concepto amplio de subvención, que es en realidad lo que quiere decir la palabra "ayuda". Esto no quiere decir que las "ayudas y subvenciones" de la Ley general presupuestaria de 1990 se identificaran por completo con las ayudas de Estado de la normativa comunitaria, puesto que el propio legislador español establece el límite de lo que deben considerarse tales ayudas y subvenciones: cuando estén comprometidos fondos públicos (artículo 81 citado).

C) La repercusión en los ámbitos penal y mercantil: el delito de fraude de subvenciones (Código Penal de 1995)

Este proceso de asimilación a la normativa comunitaria de ayudas tiene su continuación en las reformas de la legislación penal y mercantil emprendidas tras la nueva redacción

(4) Véase, por ejemplo, HERNÁNDEZ MARTÍN, Valeriano y VILLALVILLA MUÑOZ, José María, *El control de las ayudas de Estado en el Derecho europeo,* Colex, Madrid, 1999, pág. 25.

Para una síntesis de las características de este concepto de ayuda o subvención en sentido amplio, puede consultarse RENGELING, Hans-Werner, "Das Beihilferecht der Europäischen Gemeinschaften", en *Recht und Praxis der Beihilfen im Gemeinsamen Markt,* Heymanns Verlag, Köln, 1984, págs. 26 y ss.

(5) Véase CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2001, Capítulo IV (Las ayudas de Estado), núms. 172 y ss.

El procedimiento para el análisis por la Comisión de la compatibilidad de las ayudas estatales está previsto en el Reglamento 659/1999, de 22 de marzo, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE. Para un amplio comentario al mismo, véase GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *Los procedimientos comunitarios de control de ayudas de Estado,* Civitas, Madrid, 2002.

dada a los artículos 81 y 82 de la Ley general presupuestaria de 1990. En la reforma del Código Penal acometida por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se incorporó en el artículo 308 el delito de fraude de subvenciones en los siguientes términos:

> "1. El que obtenga una subvención, desgravación o ayuda de las Administraciones públicas de más de diez millones de pesetas falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de su importe.
>
> 2. Las mismas penas se impondrán al que en el desarrollo de una actividad subvencionada con fondos de las Administraciones públicas cuyo importe supere los diez millones de pesetas, incumpla las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida."

En los apartados siguientes el citado artículo 308 contempla una pena accesoria, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas (3), y la exención de responsabilidad penal en caso de reintegro de las subvenciones, desgravaciones o ayudas (4)[6].

Nos interesa destacar en este momento que el ámbito cubierto por el delito de fraude de subvenciones se extiende a las subvenciones (en sentido estricto, o a fondo perdido), las desgravaciones fiscales y restantes ayudas, unidas por el elemento común de que están comprometidos fondos públicos; la doctrina penalista entiende de forma unánime que el uso de la palabra "ayuda" sirve precisamente para ensanchar el concepto estricto de subvención, dando cabida también al crédito oficial[7]. La misma doctrina está sin embargo dividida en torno a la interpretación de la expresión "actividad subvencionada" del apartado 2, que a mi juicio se refiere a los mismos supuestos que encabezan el apartado 1 (subvención en sentido estricto, desgravación y ayuda), sancionando del mismo modo al que falsee las condiciones requeridas para la concesión u oculte las que la hubieren impedido (apartado 1), y al que en el desarrollo de la actividad subvencionada incumpla las condiciones establecidas alterando la finalidad de la subvención (apartado 2). Se sanciona al que induce a la Administración al otorgamiento de la subvención, desgravación o ayuda a través de una conducta fraudulenta, así como al que ha obtenido lícitamente la

(6) Ya en la reforma del Código Penal de 1985 (Ley 2/1985, de 29 de abril) era perceptible la tendencia a incorporar al delito de fraude de subvenciones los distintos supuestos en que están comprometidos fondos públicos y expresamente la desgravación fiscal.

En efecto, decía el artículo 350: "El que obtuviere una subvención o desgravación fiscal en más de 2.500.000 pesetas, falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido, será castigado con la pena de prisión menor y con multa del tanto al séxtuplo de la misma". "El que en desarrollo de una actividad subvencionada con fondos públicos (...)". En el apartado siguiente preveía la imposición de las siguiente penas accesorias: pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones públicas o crédito oficial y gozar de beneficios o incentivos fiscales durante un período de tres a seis años. Eran evidentes la asimilación de subvención en sentido estricto y desgravación fiscal, así como la estrecha relación con el crédito oficial.

(7) En este sentido, véanse MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 75 y ss. Del mismo autor, *Derecho penal económico*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, págs. 442 y ss., 449 y ss. y MORALES PRATS, Fermín, en *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal* (Dir. Gonzalo Quintero Olivares), Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 789 y ss.

subvención pero desvía posteriormente los fondos obtenidos para fines distintos de los fijados en el acto de la concesión. "Subvención" o "actividad subvencionada" en el apartado 2 del artículo 308 del Código Penal tiene por lo tanto un sentido amplio, comprensivo de las tres modalidades reseñadas en el apartado 1[8].

Esto significa que la reforma del Código Penal de 1995 dio acogida en el artículo 308 a un concepto amplio de subvención, esto es, la aplicación del mismo tipo penal a subvenciones, desgravaciones fiscales y otras ayudas en las que estén comprometidos fondos públicos (préstamos y avales), que estaba justificada por dos motivos: en primer lugar, para adecuar la legislación penal al concepto amplio de ayudas y subvenciones públicas plasmado en los artículos 81 y 82 de la Ley general presupuestaria. La asimilación conceptual de ambas normas –Ley general presupuestaria y Código Penal– era obligada por cuanto los mismos comportamientos pueden ser sancionados administrativa o penalmente en función de la cantidad defraudada: la defraudación de subvenciones por importe superior a los diez millones de pesetas constituye una infracción penal, mientras que por debajo de esa cantidad es una infracción administrativa. Así se deducía del artículo 82.1 de la Ley general presupuestaria en sus apartados a) y b), que sancionaban la obtención de una subvención o ayuda falseando las condiciones requeridas para la concesión u ocultando las que la hubiesen impedido o limitado (a); y la no aplicación de las cantidades recibidas a los fines para los que la subvención fue concedida (b), que son los mismos hechos que integran el tipo penal del mencionado artículo 308 del Código Penal[9].

EL ÁMBITO CUBIERTO POR EL DELITO DE FRAUDE DE SUBVENCIONES SE EXTIENDE A LAS SUBVENCIONES, A LAS DESGRAVACIONES FISCALES Y A LAS RESTANTES AYUDAS

En segundo lugar, a partir del Tratado de Maastricht (1992) va tomando cuerpo la necesidad de proteger los intereses financieros de la Unión Europea, lo que exige entre otras cosas

(8) Algunos penalistas sostienen esta tesis, aunque parece ser que está más extendida la otra, que estima que la palabra "subvención" o "actividad subvencionada" en el párrafo comentado en el texto se refiere a subvención en sentido estricto (influidos probablemente por un parte de la doctrina administrativista). Véanse los autores citados en nota anterior: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal*, cit., págs. 450, 486 y ss., y MORALES PRATS, Fermín, ob cit., pág 793.

(9) Sobre esto, véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, "Problemas actuales de los delitos de estafa, fraude de subvenciones, apropiación indebida y administración desleal", en *Derecho penal económico*, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 2001, págs. 437 y ss. Como señala este autor, el fraude de subvenciones se concibe como un supuesto especial del delito de estafa, y por tanto de aplicación preferente frente a aquél.

Sobre la relación entre ambos delitos y la discusión en la doctrina penalista acerca del bien jurídico protegido por el delito de fraude de subvenciones (el patrimonio público o el fin de la subvención, esto es, el programa normativo en el que se vierte), véase, también, ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán, "El fraude de subvenciones en la UE y en el CP", en *Derecho penal económico*, cit., págs. 294 y ss., que se pronuncia, a mi modo de ver de forma convincente, por la segunda opción.

la homogeneización del delito de fraude de subvenciones en los Códigos nacionales, construido a partir del amplio concepto de subvención o ayuda que se maneja en el Derecho comunitario. Este proceso, inconcluso en el momento actual, determina no sólo la inclusión del amplio concepto de subvención a que nos venimos refiriendo, sino también la incorporación de la protección penal de los fondos comunitarios contemplada en los artículos 309 y 628 del Código Penal[10].

Este proceso de asimilación a la normativa comunitaria en materia de ayudas públicas continúa unos años más tarde en la Ley de defensa de la competencia[11], cuyo artículo 19 reformado por la Ley de 28 de diciembre de 1999 dice lo siguiente:

> "2. A los efectos de esta ley se entiende por ayuda pública las aportaciones de recursos a operadores económicos y empresas públicas o privadas, así como a producciones, con cargo a fondos públicos o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicas que suponga una reducción de las cargas a las que deberían hacer frente los operadores económicos y las empresas en condiciones de mercado o que no lleven implícita una contraprestación en condiciones de mercado. También se considerará ayudas cualesquiera otras medidas de efecto equivalente al de las anteriores que distorsionen la libre competencia."

Esta Ley incorpora el término "ayudas", pero por la extensión de su objeto, la protección de la concurrencia empresarial, se considera incluido en el mismo tanto el procedente del artículo 81 de la Ley general presupuestaria (aportaciones de recursos a los operadores económicos con cargo a fondos públicos), como otros supuestos a los que se atribuye el mismo efecto anticoncurrencial ("cualquier otra ventaja" concedida por los poderes públicos).

D) Concepto de "ayudas" en la Ley general presupuestaria (1990). Significado de la expresión "fondos públicos"

Se puede por tanto sintetizar el concepto de ayudas de la Ley general presupuestaria en la reforma de 1990 en torno a los siguientes puntos: en primer lugar, se trata de un concepto amplio de ayudas o medidas financieras que engloba no sólo las subvenciones

(10) Artículo 309: "El que obtenga indebidamente fondos de los presupuestos generales de las Comunidades u otros administrados por éstas (...)"

Sobre las repercusiones penales del lento proceso de protección de los intereses financieros de la Unión, véanse ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán, "El fraude de subvenciones en la UE y en el CP", en *Derecho penal económico*, cit., págs. 262 y ss.

(11) Cfr. URÍA FERNÁNDEZ, Francisco, "Aspectos jurídicos más relevantes de la reforma de la legislación de competencia", *Gaceta jurídica de la Unión europea y de la competencia*, núm. 204, diciembre, 1999, págs. 67 y ss., 72. Véase, igualmente, PASCUAL Y VICENTE, Julio, "Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la competencia", en la misma Revista, núm. 205, enero 2000, págs. 10 y ss.

en sentido estricto sino otros supuestos análogos. Esto es lo que sugiere la expresión "cualquier tipo de ayuda" que recoge el artículo 81.2.b) de la citada ley, contrapuesto a la subvención en sentido estricto o disposición gratuita de fondos públicos a que se refiere el apartado anterior a). En segundo lugar, todas estas ayudas se otorgan con cargo a "fondos públicos", lo que obliga a aclarar el sentido de esta expresión en el Derecho español. Aunque no hay unanimidad entre los especialistas, se puede asegurar al menos que no incluye los bienes inmuebles o muebles, y desde luego se trata de fondos pertenecientes a una Administración pública[12]. La normativa sobre el Tribunal de cuentas estatal (así como los autonómicos) establece una definición de los fondos públicos a efecto de su control contable, en la que incluye las subvenciones, créditos, avales y otras ayudas del sector público percibidas por personas físicas o jurídicas[13]. Por ello, interpretando coherentemente la citada Ley general presupuestaria en su artículo 81 y la legislación de los Tribunales de Cuentas, se ha defendido que la expresión "fondos públicos" incluye los ingresos públicos, los gastos y, en lo que nos concierne, las ayudas económicas positivas (subvenciones, créditos, avales) o negativas (exenciones, bonificaciones, etc.), lo que se conoce como presupuesto de gastos fiscales[14]. En tercer lugar, el mismo artículo 81 de la Ley general presupuestaria incorpora un elemento finalista a la definición de la ayuda o subvención, cuando vincula su otorgamiento al fomento de una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público. Las ayudas se definen primordialmente por una finalidad de fomento, lo que permite incluir variadas modalidades financieras, en todo caso siempre que se otorguen con cargo a fondos públicos. A mi modo de ver, estos tres elementos reducen los supuestos de ayudas a las siguientes modalidades: subvenciones en sentido estricto, bonificaciones o exenciones fiscales y créditos y avales.

Con este concepto de ayuda, que prácticamente se identifica con el de subvenciones en sentido amplio que yo mismo he manejado en otra ocasión[15], no se pretende forzar una identidad de régimen jurídico de las distintas figuras mencionadas (no se trata de convertir el contrato de préstamo en un acto administrativo favorable que es la subvención en sentido estricto), sino de aplicar ciertas reglas comunes estrechamente vinculadas a la finalidad de las ayudas o subvenciones; así, todas las ayudas se otorgan con una finalidad de fomento determinada, lo que exige el control de su cumplimiento, y en caso de incumplimiento, la revocación y el reintegro de las mismas. Se trata, como se habrá observado, de elementos centrales del régimen jurídico de las ayudas y subvenciones tanto en la Ley general presupuestaria en su reforma de 1990 como en la nueva Ley general de subvenciones 38/2003: estamos en realidad ante el corazón mismo del régimen de las subvenciones en sentido amplio.

(12) Sobre esto, véanse SESMA SÁNCHEZ, Begoña, *Las subvenciones públicas,* cit. págs. 306 y ss. y PASCUAL GARCÍA, José, *Régimen jurídico del gasto público: presupuestación, ejecución y control,* 2ª edición, BOE, Madrid ,2002, págs. 457 y ss.

(13) Artículo 4.2 de la Ley Órgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

(14) Véase, en este sentido, RAMALLO MASSANET, Juan, "El control de la Hacienda no estatal por el Tribunal de Cuentas", *El Tribunal de Cuentas en España*. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982, págs. 1215 y ss.

(15) *Subvenciones y crédito oficial en España*, ICO-IEF, Madrid, 1985, págs. 21 y ss.

E) Continuidad con el Derecho español de subvenciones económicas

Pues bien, este concepto de ayuda de la Ley general presupuestaria de 1990, que busca la inserción en el Derecho comunitario, no difiere en su contenido de la legislación española de los años 1960, 1970 y 1980, sobre subvenciones a la economía. Valga citar a este respecto, por su mayor cercanía en el tiempo, la Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización, en la que se sintetiza buena parte de aquella legislación (Ley 152/1963, de 2 de diciembre, de industrias de interés preferente; Decreto 1541/1972, de 15 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Plan de desarrollo; etc.) Prevé esta ley que el Estado podrá otorgar a aquellos sectores en reconversión o zonas de urgente reindustrialización declaradas por el Gobierno determinados beneficios de carácter financiero y tributario, concretamente los siguientes: subvenciones, créditos oficiales, avales, beneficios fiscales; el incumplimiento por el beneficiario de las obligaciones asumidas da lugar a la revocación del conjunto de los beneficios[16].

Lo mismo sucede en la legislación de incentivos regionales (Ley 50/1985, desarrollada por el Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre). Se definen los incentivos regionales como "ayudas financieras" que concede el Estado para financiar la actividad empresarial y orientar su localización hacia zonas previamente determinadas al objeto de reducir las diferencias de situación económica en el territorio nacional (zonas de promoción económica y zonas industriales en declive) (artículo 1.1 del Real Decreto citado). Al producirse esta legislación en el marco de la normativa comunitaria, abandona el concepto "beneficios" –que era el tradicional del Derecho español de subvenciones a la economía– por el de "ayudas" que luego pasará a la Ley general presupuestaria. Dichos incentivos regionales pueden consistir en diversas formas de subvención en sentido estricto y además en la bonificación de la cuota empresarial por contingencias comunes de la Seguridad social; en caso de incumplimiento por el beneficiario, procede la revocación y reintegro de las distintas ayudas concedidas, sin distinción, remitiéndose el Reglamento citado en la reforma llevada cabo por Real Decreto 302/1993 a los artículos 81 y 82 de la Ley general presupuestaria (artículo 37)[17].

(16) Se utiliza la expresión "beneficios concedidos con cargo a fondos públicos", que prácticamente coincide con los términos del artículo 81 de la Ley general presupuestaria en la reforma de 1990: "El falseamiento, la inexactitud o la omisión en los datos suministrados por las empresas podrá dar lugar a la privación total o parcial de los beneficios concedidos con cargo a fondos públicos, con obligación de reintegrar las subvenciones, indemnizaciones y cuotas de los impuestos no satisfechas, así como los correspondientes intereses de demora" (artículo 33.3).

Sobre la reconversión industrial puede consultarse el estudio preliminar de GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, al libro de IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe, *Régimen jurídico de la protección a la promoción y adquisición de viviendas*, Aranzadi, 2000 ("De la reconversión industrial a la acción concertada pasando por la promoción de viviendas de protección oficial: el régimen de concierto"), concebida como un capítulo más del conjunto de técnicas desarrolladas a partir de los años 60 para dirigir y promover la economía (que el autor aglutina bajo el "régimen del concierto").

(17) La remisión entre ambas legislaciones se mantiene también ahora en la Ley 38/2003 de subvenciones, cuya Disposición Adicional Novena aplica normas decisivas de esta Ley a los incentivos regionales, a pesar de que éstos incluyen supuestos que no constituyen subvenciones en sentido estricto (sobre esto, véase *infra*).

F) Síntesis

En síntesis, la expresión "cualquier ayuda" del artículo 81 de la Ley general presupuestaria en su reforma de 1990 implicaba dos cosas: por un lado, acercarse al Derecho comunitario tanto en la forma como en el fondo, que usa la palabra "ayuda" para referirse a las distintas modalidades de apoyo financiero a las empresas; por otro, acoger los distintos supuestos de beneficios financieros o tributarios o de ayudas financieras que hasta ese momento habían sido usuales en el Derecho español de subvenciones a la economía. Existe una evidente continuidad entre aquellos "beneficios" y las "ayudas" de la Ley general presupuestaria, en ambos casos concedidos con cargo a fondos públicos, lo que determina una tipificación de las mismas en torno a los supuestos que han sido mencionados: subvenciones en sentido estricto, beneficios tributarios, créditos y avales. La finalidad de fomento de las distintas modalidades de ayudas o subvenciones en sentido amplio era lo que realmente permitía aglutinarlas, de modo que ante el supuesto decisivo del incumplimiento de sus obligaciones por el beneficiario, la reacción de la Administración era única y válida para todos los supuestos de subvención o ayuda: el reintegro y las infracciones administrativas previstas en el artículo 82 de la Ley general presupuestaria se referían a cualesquiera modalidades de subvenciones o ayudas públicas, y como hemos señalado anteriormente, en los mismos términos amplios debe ser interpretado el artículo 308 del Código Penal.

LA SUBVENCIÓN CONSTITUYE UN INSTRUMENTO AL SERVICIO DE UNA FINALIDAD ULTERIOR QUE DEBE CONSTAR EN LAS NORMAS CORRESPONDIENTES Y QUE CONDICIONA EL ACTO MISMO EN QUE CONSISTE LA SUBVENCIÓN

III. LA LEY 38/2003: CONCEPTO ESTRICTO DE SUBVENCIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

La Ley 38/2003, en muchos sentidos continuación y desarrollo de lo establecido en los artículos 81 y 82 de la Ley general presupuestaria en su reforma de 1990, define su ámbito de aplicación en torno a un concepto estricto de subvención que se contrapone al más amplio de subvenciones y ayudas de la Ley de 1990.

El concepto de subvención de la Ley 38/2003 está previsto en el artículo 2.1, en el que se reflejan los rasgos característicos de las subvenciones en sentido estricto: ha de tratarse de una disposición dineraria[18] realizada por las Administraciones

(18) Al vincular las subvenciones (en sentido amplio) o ayudas a fondos públicos, el Derecho español nunca consideró subvención o ayuda las transmisiones de terrenos gratuitas o por precio inferior al mercado. Esta característica se mantiene en la nueva Ley 38/2003 de subvenciones, cuya Disposición Adicional Quinta remite la regulación de las ayudas en especie

públicas[19] a favor de personas públicas o privadas, añadiendo a continuación los siguientes requisitos: primero, la entrega ha de realizarse sin contraprestación directa de los beneficiarios; segundo, dicha entrega estará sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, o la concurrencia de una situación; en definitiva, en todos estos casos nos hallamos ante determinaciones accesorias –condiciones o modos– que obligan al beneficiario de la subvención y que le prestan su caracterización más singular; tercero, los referidos proyecto, acción, conducta o situación financiadas deben tener por finalidad el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.

Con ello el legislador pone de manifiesto una vez más –como lo había hecho también en el artículo 81 de la ley general presupuestaria (el fomento de una actividad de utilidad o interés social o la promoción de una consecución de un fin público)– que la subvención por principio no se encierra en sí misma, sino que constituye un instrumento al servicio de una finalidad ulterior (el fomento de una actividad o la promoción de una finalidad pública), finalidades que en principio deben constar en las normas correspondientes y que condicionan el acto mismo en que consiste la subvención. El segundo requisito que acabamos de mencionar y este tercero en realidad están estrechamente emparentados, en la medida en que el cumplimiento del objetivo a que alude el punto b) del apartado 1 no se puede escindir de la finalidad de fomento o de promoción a que hace referencia el apartado siguiente c). Se trata en realidad de dos fines, uno inmediato y otro lejano, pero es evidente que el inmediato que jurídicamente se traduce en una condición o modo no es más que una concreción o reflejo de esa finalidad ulterior de fomento o de promoción, que además debe estar prevista en las normas correspondientes. Debe existir, en definitiva, una estrecha relación entre el fin inmediato y el lejano, pues en caso contrario el primero decae y en definitiva la subvención pierde su sentido[20].

("entregas a título gratuito de bienes y derechos") a la legislación patrimonial. En el mismo sentido, SESMA SÁNCHEZ, Begoña, *Las subvenciones públicas*, cit., págs. 313 y ss.

Por el contrario, en el Derecho alemán –cuyo influjo en estos temas en la normativa comunitaria es evidente– unánimemente se viene considerando desde hace décadas que entre las formas de subvención no sólo se incluyen las subvenciones en sentido estricto, las bonificaciones fiscales y créditos, sino también las llamadas *Realförderungen*, entre las que ocupan un lugar destacado las transmisiones de terrenos en condiciones ventajosas. Una breve y precisa síntesis de esta cuestión puede consultarse en MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12. Auflage, Beck, München, 1999, págs. 431 y ss.

(19) Un caso especial lo constituyen las fundaciones del sector público, cuyas "subvenciones" (entregas dinerarias sin contraprestación) se regirán por el Derecho privado (Disposición Adicional Decimosexta de la Ley), pero con determinados límites típicos de la actuación de la Administración bajo formas privadas: serán de aplicación los principios de gestión e información del artículo 20, y las aportaciones gratuitas guardarán relación con el objeto fundacional.

(20) Este esquema de la subvención que se plasma en la Ley es característico de las subvenciones a la economía, que constituyen, como se señala en el texto, medios al servicio de una finalidad superior de dirección o promoción de la economía. Formalmente, el fin inmediato se traduce en determinaciones accesorias (condiciones o modos), y el lejano está presente de un modo u otro en la norma reguladora de la subvención. Precisamente, la medida de la legalidad de las determinaciones accesorias impuestas por la Administración es que encajen en el fin lejano. Este esquema, típico como digo de las subvenciones económicas, se encuentra desdibujado en otros tipos de subvenciones, particularmente las de tipo social-asistencial: la finalidad se agota en el apoyo al beneficiario. En las subvenciones económicas dicho apoyo es un escalón intermedio para alcanzar una finalidad ulterior de dirección o promoción económicas. La Ley de subvenciones 38/2003 traslada, quizá sin quererlo, al conjunto de las subvenciones el modelo y las características propias de las subvenciones económicas. Sobre esto, véase mi *Subvenciones y crédito oficial*, cit., págs. 167 y ss.

A) La exclusión de los beneficios tributarios y el crédito oficial. Las excepciones contenidas en las disposiciones adicionales

Como consecuencia del empleo del concepto de subvención en sentido estricto, el artículo 2.4, apartados g) y h), de la Ley excluye de su aplicación tanto los beneficios fiscales y en la cotización a la Seguridad social como el crédito oficial. Aquí radica la diferencia fundamental entre la Ley 38/2003 y su precedente, el artículo 81 de la Ley general presupuestaria de 1990, que bajo la expresión "subvenciones y ayudas" permitía incorporar ambos supuestos bajo el concepto de ayuda (o subvención en sentido amplio, que viene a ser lo mismo)[21]. La propia Ley 38/2003 justifica la exclusión de las bonificaciones tributarias y del crédito oficial en la Exposición de Motivos (II), con el argumento de que en ambos casos "no existe entrega de fondos públicos". Pero en esta afirmación se encierran dos elementos de distinto signo. Es dudoso que no estén en cuestión "fondos públicos" en los supuestos mencionados, a la vista de la doctrina anteriormente mencionada que considera precisamente lo contrario con base en la normativa contable (Tribunales de cuentas estatal y autonómicos). Cosa distinta es que se considere que no hay "entrega" o transferencia; pero también esto es relativo: no existe entrega en sentido positivo en las bonificaciones tributarias, pero hay forzosamente entrega en el crédito oficial. La justificación de la Exposición de Motivos más parece por lo tanto destinada a salvaguardar la previa decisión del legislador de excluir los supuestos mencionados del concepto de subvención, y por lo tanto de la aplicación de la Ley.

Ahora bien, este esquema construido en el artículo 2 de la Ley 38/2003 sobre el concepto estricto de subvención, se desdibuja en las disposiciones adicionales que recuperan la aplicación de ciertas normas a los créditos oficiales y a determinados beneficios tributarios. En efecto, la Disposición Adicional Sexta establece que los créditos sin interés o con interés inferior al del mercado concedidos por las Administraciones públicas o los organismos y demás entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquéllas "se regirán por su normativa específica, y en su defecto, por las prescripciones de esta ley que resulten adecuadas a la naturaleza de estas operaciones, en particular, los principios generales, requisitos y obligaciones de beneficiarios y entidades colaboradoras, y procedimiento de concesión". Esta aplicación supletoria en realidad esconde una aplicación parcial y selectiva de algunos capítulos de la Ley 38/2003 (las reglas relativas a los beneficiarios y entidades colaboradoras, y al procedimiento de concesión), sin excluir las restantes (las prescripciones de la Ley que resulten adecuadas a la naturaleza de las operaciones de crédito oficial). Es más, estimo que las reglas relativas al cumplimiento de la finalidad del préstamo, su control y el posible reintegro del mismo deben ser aplicables, con las adaptaciones precisas, a todo tipo de créditos públicos[22]. El carácter finalista de todas las modalidades de subvención, y en especial de las subvenciones que tienen por

(21) El hecho mismo de que la Ley 38/2003 excluya expresamente tanto los beneficios tributarios como el crédito oficial es un reconocimiento implícito de que en la anterior normativa ambos supuestos formaban parte del concepto de "ayudas".

(22) En realidad esto mismo se deriva de la comentada Disposición Adicional Sexta indirectamente: entre las normas de la Ley aplicables por defecto están las obligaciones de los beneficiarios de subvenciones, dándose la circunstancia de que, entre éstas, el artículo 14.1.i) incluye el reintegro de los fondos percibidos en los supuestos del artículo 37.

objeto la dirección y promoción económicas, está en el origen de la extensión de las normas reseñadas a las operaciones de crédito oficial. Naturalmente, no nos encontramos ante una aplicación táctica o accesoria de las mismas, sino ante una manifestación más de que la persecución de la misma finalidad impone la adopción de determinadas reglas comunes a las diversas formas de subvención.

Las previsiones de la Ley 38/2003 en relación con los beneficios tributarios son más contradictorias todavía. Como se ha dicho, el artículo 2.4.g) excluye del concepto de subvención y por tanto de la aplicación de la ley los beneficios fiscales y en la cotización a la Seguridad social. Pero la Disposición Adicional Novena extiende su aplicación a los incentivos regionales regulados por la Ley 50/1985, en lo tocante al control financiero y a las infracciones y sanciones administrativas, que se regirán por tanto en bloque por los Títulos III y IV de la Ley 38/2003. Estos incentivos regionales comprenden dos supuestos distintos: en primer lugar, diversas formas de subvención en sentido estricto –subvenciones a fondo perdido sobre la inversión aprobada, subvención de intereses de los préstamos privados, subvención para la amortización de los mismos–; y en segundo lugar, la bonificación de hasta el 50 por 100 de la cuota empresarial por contingencias comunes de la Seguridad Social[23]. En todo lo demás, de acuerdo con la misma Disposición Adicional Novena.1, la Ley 38/2003 tendrá carácter supletorio de la ley de incentivos regionales. A mi modo de ver, la adicional comentada prueba que el concepto de subvención que según el artículo 2 sirve de cimiento a la Ley 38/2003, no es realmente mantenido en el conjunto del texto legal: la aplicación plena de los Títulos relativos al control financiero y a las infracciones y sanciones administrativas (donde se incluye el fundamental control del incumplimiento por el beneficiario y el consiguiente reintegro de los beneficios), así como en lo demás, la aplicación supletoria de la Ley 38/2003, demuestra que en realidad esta ley no está tan alejada de la noción aludida de subvenciones en sentido amplio o ayudas, que comprende las bonificaciones fiscales y a la Seguridad Social. A las subvenciones en sentido estricto previstas en la legislación de incentivos regionales y a las bonificaciones en la cotización de la Seguridad social se aplicará en definitiva el mismo régimen jurídico, lo que constituye una consecuencia necesaria de una noción amplia de subvención.

B) La exclusión de las transferencias interadministrativas. Excepciones en las disposiciones adicionales

Las contradicciones entre el rigor conceptual del artículo 2 –sobre el que se pretende asentar el conjunto de la Ley– y el resto del articulado asoman también a propósito de las transferencias interadministrativas. Existe un amplio acuerdo en la doctrina especializada en el sentido de que dichas transferencias no constituyen subvenciones[24]; los principios

(23) Artículo 11 del Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 50/1985, de incentivos regionales para la corrección de los desequilibrios económicos interterritoriales.

(24) Por todos, véase PASCUAL GARCÍA, José, *Régimen jurídico*, cit., págs. 33 y ss. las transferencias interadministrativas tienen más de movimientos entre Cajas que de gasto público; los recursos transferidos por el Estado a las Comunidades autónomas o a las Corporaciones locales quedan fuera del concepto estricto de subvención.

que las inspiran, su gestión y control aconsejan incardinarlas en el ámbito de las relaciones financieras entre Administraciones públicas, en que se plantean cuestiones radicalmente distintas a las subvenciones otorgadas a particulares. Consecuentemente con ello, el artículo 2.2 de la Ley 38/2003 excluye del concepto de subvención las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones públicas.

Pero ello no impedirá al legislador prever en la Disposición Adicional Octava la aplicación supletoria de la ley a las subvenciones que integran el programa de cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales. Se trata de uno de los supuestos más importantes de transferencias interadministrativas, por lo que no puede considerarse una excepción menor, sino sencillamente reflejo de la falta de claridad del legislador a la hora de establecer el régimen de la subvenciones. Conceptualmente hablando, no hay razón para pensar que si se aplica supletoriamente esta ley a las transferencias estatales de cooperación a las inversiones locales, no deba hacerse lo mismo con las transferencias de las Comunidades autónomas con iguales o parecidas finalidades, o incluso a las transferencias entre el Estado y las Comunidades autónomas.

EL ARTÍCULO 2.2 DE LA LEY 38/2003 EXCLUYE DEL CONCEPTO DE SUBVENCIÓN LAS APORTACIONES DINERARIAS ENTRE DIFERENTES ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Lo mismo sucede en la Disposición Adicional Decimoquinta que remite a un posterior desarrollo reglamentario para el establecimiento de un régimen simplificado de justificación, comprobación y control de las subvenciones percibidas por organismos y entes del sector público estatal. También en este caso la citada adicional contradice lo dispuesto en el artículo 2.2, que no sólo excluye del concepto de subvención y por tanto de la aplicación de la ley las aportaciones dinerarias entre Administraciones públicas sino también entre la Administración y los organismos y otros entes públicos dependientes de ésta. Frente a ello, la lectura de la Disposición Adicional Decimoquinta suscita la idea de que al menos en determinados aspectos dichas transferencias se ajustarán a lo establecido en esta ley, sin perjuicio de que se establezca un régimen más sencillo o simplificado para justificar, comprobar y controlar las referidas transferencias. Por último, el artículo 19.5 de la Ley 38/2003 (que se refiere a los rendimientos financieros de los fondos librados a los beneficiarios de subvenciones) no es de aplicación a los "supuestos en que el beneficiario sea una Administración Pública", como se dispone en el mismo apartado *in fine*; esto sugiere que las Administraciones Públicas también son beneficiarias de subvenciones contra el criterio mantenido en el artículo 2.2.

C) La exclusión de ciertos campos o sectores: ¿un principio de tipificación de las subvenciones por su finalidad?

Despejadas las dudas que se suscitan en torno a las diversas modalidades de subvención (en sentido amplio) y a las transferencias interadministrativas, cabría pensar que la Ley 38/2003 se aplica con el mismo rasero al conjunto de subvenciones. Pero, al margen de la cuestión competencial –puesto que la Ley 38/2003 sólo es de aplicación plena al Estado (Disposición Final Primera)–, lo cierto es que quedan excluidas del ámbito de aplicación de la misma las subvenciones correspondientes a muy importantes campos de la actividad administrativa. En concreto, el artículo 4 excluye varios supuestos que podríamos englobar bajo el epígrafe de subvenciones político-electorales[25]; el artículo 2.4, un conjunto de prestaciones referidas al ámbito social, asistencial y de la Seguridad social[26]; aunque la Ley no lo dice, hay que entender que tampoco es de aplicación a los conciertos educativos[27]; tampoco a las subvenciones de tipo cultural se aplica íntegramente la Ley, como se deduce de la Disposición Adicional Décima, que ordena ajustarse a esta Ley los premios educativos, culturales, científicos o de cualquier otra naturaleza, "salvo en aquellos aspectos en los que, por la especial naturaleza de las subvenciones, no resulte aplicable".

La inaplicación de la Ley a los citados supuestos no se debe a una razón jurídico-formal, puesto que en todos ellos se trata de entregas de dinero sin contraprestación con una finalidad determinada (en suma, ante actos administrativos favorables acompañados de determinaciones accesorias), sino de simple oportunidad: el legislador considera conveniente proteger los bienes o valores jurídicos presentes en cada uno de estos sectores a través de una regulación específica. Las reglas de exclusión de aplicación de la Ley 38/2003 contenidas en los artículos 2 y 4 presuponen una previa diferenciación de las subvenciones en función de las finalidades político-sociales perseguidas, al menos en los siguientes campos: el político-electoral, el social-asistencial, el educativo (parcialmente, el cultural). El elemento finalista que según la definición contenida en el artículo 2.1 debe acompañar a toda subvención (el cumplimiento de un objetivo; el fomento de una deter-

(25) Se trata de los siguientes supuestos: la subvenciones previstas en la Ley 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general; las previstas en la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, de financiación de los partidos políticos; la subvenciones a los grupos parlamentarios de las Cortes generales, asambleas autonómicas y corporaciones locales.

(26) Los supuestos excluidos son los siguientes: las prestaciones contributivas y no contributivas de la seguridad social; las prestaciones asistenciales; las prestaciones derivadas del sistema de clases pasivas; las prestaciones reconocidas por el fondo de garantía salarial, y otros supuestos asimilados a los anteriores (prestaciones a favor de los afectados por el síndrome tóxico, etc.)

Sin embargo, en las Disposiciones Adicionales Tercera y Undécima se reconoce la aplicación de la Ley a ciertas subvenciones de tipo social. La Disposición Adicional Undécima prevé que, en los procedimientos de reintegro de subvenciones (artículo 42 de la Ley) concedidas por el Instituto nacional de empleo, procede el recurso de alzada de acuerdo con la legislación de procedimiento administrativo común. Por su parte, la Disposición Adicional Tercera atribuye el control financiero sobre las subvenciones concedidas por las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad social a la Intervención general de la seguridad social en los términos previstos en esta ley; esto significa sustraer el control financiero de estas subvenciones a la Intervención general de la Administración del Estado (la regla general prevista en el artículo 44.3), que es el órgano estatal determinante en todo el proceso de ejecución de la Ley 38/2003.

(27) Que al fin y al cabo constituyen un supuesto de subvención a la enseñanza privada. Los conciertos se rigen por la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, con las reformas posteriores producidas.

minada actividad) condiciona inevitablemente su regulación. En suma, la Ley 38/2003 tampoco constituye la norma reguladora del conjunto de subvenciones entendidas en el sentido estricto señalado, porque el mismo legislador excluye de su aplicación una serie de sectores significativos.

La afirmación anterior no implica que se puedan trazar fronteras rígidas entre los distintos campos mencionados (social, político-electoral, educativo, etc.), sino que más bien permite clasificar y orientar la compleja y abigarrada normativa sobre subvenciones, en atención a los bienes o valores que se trata de proteger o fomentar. En este sentido adquieren un particular relieve las subvenciones a la economía[28], en que el posible menoscabo de la concurrencia empresarial, la dirección y promoción de la economía por el Estado, y no en último término el delicado problema de la compatibilidad de las subvenciones estatales con el Derecho de la Unión Europea, aconsejan un tratamiento diferenciado de las mismas. Sin duda, las subvenciones que se someten al examen de compatibilidad por las autoridades de Bruselas son exclusivamente subvenciones a la economía, en ningún caso subvenciones de carácter social, asistencial, educativo o político-electoral, por citar los supuestos que asoman en la Ley 38/2003[29].

D) Recapitulación

En definitiva, la Ley 38/2003 pretende fijar su ámbito de aplicación sobre el concepto estricto de subvención, entendida como disposición dineraria realizada por las Administraciones públicas a favor de personas públicas o privadas siempre que se cumplan los requisitos que previene el apartado 1 del artículo 2. El afán de depurar conceptualmente la subvención conduce al legislador a excluir tanto el crédito oficial como los beneficios fiscales y en la cotización a la Seguridad social, o las transferencias interadministrativas. Pero ello no significa la aplicación de la Ley al conjunto de subvenciones en sentido estricto, porque en los artículos 2 y 4 se excluyen determinados campos o sectores de subvenciones, particularmente las de carácter político-electoral, las prestaciones de la Seguridad social y otras de carácter asistencial (junto con las de carácter educativo): con ello se reconoce implícitamente la imposibilidad de una regulación uniforme en torno al concepto estricto de subvención, y por lo tanto la conveniencia de introducir elementos de carácter finalista, esto es, en función de las finalidades político-sociales que las subvenciones cumplen.

Este marcado conceptualismo de la Ley 38/2003 rompe con los parámetros de la legislación española tradicional en materia de subvenciones a la economía, así como con la legislación europea sobre ayudas públicas, que el artículo 81 de la Ley general presupuestaria en la reforma de 1990 había tratado de sintetizar bajo la fórmula de "ayudas y subvenciones públicas".

(28) Más extensamente sobre esto, en mi libro *Subvenciones y crédito oficial en España*, cit., págs. 21 y ss.

(29) Véase, en este sentido, SEIDEL, Martín, "Grundfragen des Beihilfenaufsichtsrechts der Europäischen Gemeinschaften" en *Recht und Praxis der Beihilfen*, cit., pág. 64: el concepto de subvenciones económicas es un supuesto de hecho relevante del artículo 92 del Tratado, y un concepto del Derecho comunitario, que exige la aplicación uniforme en los Estados miembros.

No es de extrañar por ello que en varias disposiciones adicionales la propia Ley 38/2003, contradiciéndose a sí misma, recupere la aplicación parcial, más o menos solapada, de sus preceptos a supuestos que según los artículos 2 y 4 mencionados debieran quedar excluidos. Es el caso de determinadas subvenciones de carácter social, o de las transferencias interadministrativas; lo mismo vale decir para los créditos oficiales, en que rigen diversas normas con carácter supletorio; o la plena aplicación de importantes capítulos de la Ley 38/2003 a ciertas bonificaciones en la cotización a la Seguridad social que evidentemente no constituyen subvenciones en sentido estricto.

En definitiva, sea por la vía de la supletoriedad, o de la aplicación parcial de la Ley, lo menos que se puede decir es que hay contradicciones sistemáticas en la Ley 38/2003, que afectan al concepto de subvención en el que descansa toda la Ley, y por lo tanto a la determinación de su ámbito de aplicación. Este continuo tejer y destejer entre el artículo 2 y las disposiciones adicionales citadas, tal como se ha visto anteriormente a propósito de los créditos oficiales y ciertos beneficios tributarios, es la mejor indicación de que esta Ley está lejos de apoyarse en el concepto estricto de subvención con el rigor que se presenta en el artículo 2 y en la Exposición de Motivos.

IV. EN PARTICULAR, LA LEY 38/2003 Y LA NORMATIVA COMUNITARIA DE AYUDAS PÚBLICAS

Particular interés reviste contrastar la Ley 38/2003 –y en particular el concepto restringido de subvención del que parte–, con la normativa comunitaria sobre subvenciones. Éste parece en principio uno de los primeros objetivos de la Ley ante la necesidad de cohonestar nuestra legislación y la procedente de la Unión Europea, tanto en lo que se refiere a las subvenciones otorgadas con fondos de la Unión, como en lo relativo a las subvenciones o ayudas estatales que tienen que superar el examen de compatibilidad con el Derecho europeo, para impedir que se produzca algún tipo de menoscabo o interferencia en los intercambios intercomunitarios. En efecto, en la propia Exposición de Motivos de la Ley 38/2003 el legislador advierte de la necesidad de coordinar la normativa española y la comunitaria, puesto que en buena medida las relaciones financieras entre ambas se instrumentan mediante subvenciones financiadas, total o parcialmente, con fondos comunitarios. Añade también el legislador en la misma Exposición de Motivos la siguiente frase: "por otra parte, es igualmente necesario observar las directrices emanadas de los órganos de la Unión Europea en materia de ayudas públicas estatales y sus efectos en el mercado y la competencia".

A) La Ley 38/2003, instrumento de ejecución de los fondos comunitarios

Si nos trasladamos al articulado de la ley, las referencias a la normativa comunitaria son constantes. Así, el artículo 6 atribuye a esta misma Ley 38/2003 un modesto carácter supletorio respecto de las normas comunitarias de aplicación directa a las subvenciones financiadas con cargo a fondos europeos; el artículo 7 establece una regla de responsa-

bilidad para la gestión de fondos procedentes de la Unión, que corresponde a las Administraciones públicas o sus órganos o entidades gestoras competentes en las actuaciones de gestión y control de los Fondos que se citan en el apartado primero del citado artículo 7. El artículo 15.1.d) somete a las entidades colaboradoras a las actuaciones de comprobación y control financiero que puedan realizar los órganos de control competentes tanto nacionales como comunitarios, alusión que se repite en el apartado 2 del mismo artículo. El artículo 20 prevé la obligación de las distintas Administraciones de facilitar información sobre las subvenciones gestionadas a la Intervención general de la Administración del Estado, al objeto de formar una base de datos nacional, fundamentalmente para dar cumplimiento a las exigencias de la Unión Europea. Dentro del procedimiento de concesión de las subvenciones, el artículo 25.4 establece un plazo máximo para resolver y notificar que no podrá exceder de seis meses, con la salvedad de que la normativa comunitaria establezca otro distinto.

LAS RELACIONES FINANCIERAS ENTRE LA NORMATIVA ESPAÑOLA Y LA COMUNITARIA SE INSTRUMENTAN MEDIANTE SUBVENCIONES FINANCIADAS, EN BUENA MEDIDA, CON FONDOS EUROPEOS

En el Título II, relativo al reintegro de subvenciones, existen varias menciones a la normativa comunitaria: el artículo 37.1.h) señala entre las causas de reintegro la adopción de medidas en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea; el artículo 41.2 prevé una regla sobre el reintegro acordado por los órganos de la Unión Europea, cuya ejecución corresponderá a los órganos nacionales; en el apartado siguiente, 3, para el caso de las subvenciones concedidas por las instituciones comunitarias, se establece que el acuerdo de reintegro será dictado por el órgano gestor nacional de la subvención. En el Título III, relativo al control financiero de las subvenciones, se establecen también reglas importantes en relación con las subvenciones procedentes de la Unión Europea: así, el artículo 44.1 prevé de entrada las mismas reglas sobre el control financiero tanto de las subvenciones otorgadas con cargo a los fondos nacionales como de los fondos de la Unión Europea. El artículo 45, en lo que se refiere a las ayudas y subvenciones financiadas con cargo a fondos comunitarios[30], atribuye a la Intervención general de la Administración del Estado la labor de coordinación de los controles de las distintas instancias estatales y autonómicas, elaborando al efecto los planes anuales a que se refiere el apartado 2 del mismo artículo 45 y

(30) Debe notarse que la Ley, que deliberadamente utiliza la palabra "subvención" y desecha la palabra "ayuda" por las razones expuestas anteriormente, sin embargo al enfrentarse a la normativa comunitaria utiliza ambas (artículo 45, o Disposición Adicional Segunda.3): "subvenciones y ayudas".

manteniendo la correspondiente relación con los servicios correspondientes de la Comisión Europea. A este precepto hay que añadir la Disposición Adicional Segunda de la ley que atribuye a la Intervención general de la Administración del Estado ciertas atribuciones dentro de ese marco general de órgano estatal encargado de la coordinación del control financiero de las subvenciones y ayudas comunitarias. Por último, en el capítulo de las infracciones tampoco la ley olvida la relación con el Derecho comunitario, estableciendo en los artículos 56.i), 57.f) y 58.e) supuestos correlativos de infracciones leves, graves y muy graves a la normativa de la Unión Europea en materia de subvenciones, incorporando por tanto toda la normativa comunitaria en materia sancionatoria.

Más allá, por tanto, del modesto papel supletorio que el artículo 6.2 de la Ley se atribuye a sí misma respecto de las normas comunitarias aplicables a las subvenciones financiadas con cargo a fondos comunitarios, lo cierto es que se percibe a lo largo del articulado que la auténtica dimensión de la ley en relación con las subvenciones comunitarias es la de servir de instrumento para su ejecución en todas sus fases, desde la concesión hasta el control financiero y el régimen de infracciones y sanciones. Con toda lógica, tal y como se anunciaba en la Exposición de Motivos antes transcrita, la ley establece los mecanismos para canalizar la relación entre el Estado español y las instancias europeas en todo lo relativo a la gestión en el más amplio sentido de los fondos comunitarios, consecuencia lógica de que la normativa comunitaria no dispone de reglas especiales aplicables al procedimiento y a los actos administrativos, que se mantienen enteramente en el ámbito de los Estados.

Así, por ejemplo, en lo relativo al reintegro de las subvenciones, la ley establece en el artículo 38.3 que el destino del reintegro de los fondos europeos tendrá el tratamiento que determine la normativa comunitaria; y el artículo 41.3, en relación con el procedimiento de reintegro, atribuye a los órganos nacionales la adopción de los acuerdos de reintegro de subvenciones concedidas por las autoridades comunitarias, obviamente cuando se haya producido algún supuesto de incumplimiento. En todos estos casos nos hallamos ante subvenciones otorgadas con cargo a fondos comunitarios.

B) Carencias de la Ley 38/2003 en lo relativo a las ayudas públicas estatales. En especial, el problema del reintegro

Pero la influencia del Derecho comunitario sobre las subvenciones no se detiene en las otorgadas con cargo a fondos comunitarios. Como indica la propia Exposición de Motivos de la Ley 38/2003 antes reseñada, es preciso tener en cuenta también las directrices comunitarias en materia de ayudas públicas estatales y sus efectos en el mercado y la competencia, y en este apartado, a mi modo de ver, las carencias de la Ley son notables. Sin salirnos del apartado del reintegro que estamos tratando, apartado que tiene una importancia trascendental y en el que se condensa buena parte de los problemas de las subvenciones, resulta que la ley es sumamente parca cuando se trata del reintegro de las ayudas o subvenciones estatales, que las autoridades comunitarias estimen incompatibles con la legislación europea.

El artículo 14.3 del Reglamento 659/1999 del Consejo, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, prevé que la recuperación de las ayudas estatales se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional del Estado miembro interesado, regla lógica como consecuencia de la aplicación de las normas de procedimiento administrativo nacionales, a que acabamos de aludir. Por eso sorprende en una ley, que quiere canalizar en su conjunto las relaciones entre España y la Unión Europea en materia de subvenciones, que dentro de las causas de reintegro que enumera el artículo 37 en ningún supuesto se haga alusión a las ayudas públicas estatales; se señalan en el apartado 1.h) las medidas de reintegro adoptadas en aplicación de los artículos 87 a 89 del Tratado relativos a la competencia entre las empresas, y se silencian por completo los artículos 92 y siguientes del mismo, relativos a las ayudas estatales que plantean unos serios problemas de reintegro o recuperación, tal como ha señalado la doctrina unánimemente[31]. La única norma de la Ley 38/2003 que aparentemente encara este problema es el artículo 41.2, que dice lo siguiente: "si el reintegro es acordado por los órganos de la Unión Europea, el órgano a quien corresponda la gestión del recurso ejecutará dichos acuerdos". En caso de que las autoridades comunitarias consideren una ayuda estatal incompatible con el Derecho comunitario, las autoridades nacionales se limitarán a "ejecutar" el referido acuerdo. Pero nada se dice sobre el procedimiento de reintegro, por lo que hay que entender que rigen las normas generales previstas en el Título II de la Ley 38/2003.

Pues bien, al margen de las carencias de la Ley a la hora de abordar este problema –el reintegro de las subvenciones y ayudas públicas estatales que las autoridades comunitarias consideren incompatibles con la normativa comunitaria–, lo cierto es que no tiene fácil solución teniendo en cuenta el punto de partida del texto legal. En efecto, esta ley establece su ámbito de aplicación sobre un concepto estricto de subvención, que excluye tanto los beneficios fiscales y en la cotización a la Seguridad social como los créditos públicos (préstamos y avales). Puesto que para la normativa comunitaria bajo el concepto de ayudas se incluyen por supuesto los citados (además de otros), resulta que malamente la Ley 38/2003 puede ser el instrumento jurídico adecuado para reintegrar o recuperar las ayudas públicas estatales incompatibles con el Derecho comunitario. No regula las particularidades y especialidades de reintegro del conjunto de las ayudas públicas estatales, sencillamente porque en razón del punto de partida de la Ley esto queda inicialmente descartado: el único objeto de la ley son las subvenciones en sentido estricto. Éste es el

(31) Véase GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *Los procedimientos comunitarios,* cit., págs. 138 y ss., quien a la vista de las dificultades para proceder a la recuperación de las ayudas públicas estatales con arreglo al Derecho vigente, propone el establecimiento de una regulación específica (pág. 151). El autor se refiere al parecer del Consejo de Estado, según el cual en ocasiones la revisión de oficio es inadecuada para llevar a cabo el reintegro, porque es posible que la ayuda no se haya concedido o materializado a través de un acto administrativo, lo que no obsta para proponer el reintegro a través de vías estrictamente administrativas (págs. 143 y ss.) Las dificultades para el reintegro de las subvenciones cuando se instrumentan a través de contratos, no es un problema específico español: véase, al respecto, para el Derecho alemán, GELLERMANN, Martín, "Verwaltungsvertragliche Subventionsverhältnisse im Spannungsfeld zwischen Beihilfekontrolle und Verwaltungsverfahrensrecht", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 8 (2003), págs. 481 y ss.

Sobre el reintegro de ayudas estatales, puede consultarse igualmente CÁRDENAS ORTIZ, Rosa, *Las ayudas de Estado y el Derecho comunitario,* Instituto de estudios fiscales, Madrid, 2003, págs. 106 y ss., y FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, "La recuperación de las ayudas de Estado, una exigencia de difícil cumplimiento" en *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje a Sebastián Martín-Retortillo* (Coord.: Luis COSCULLUELA MONTANER), Civitas, Madrid, 2003, págs. 779 y ss.

resultado final de la incongruencia en que se sitúa la Ley 38/2003, que por una parte y de manera inevitable quiere ser el gozne que articule las relaciones financieras entre España y la Unión Europea como señala la Exposición de Motivos, pero por otra no puede llevar a buen puerto este objetivo porque el concepto de subvenciones que sirve de base a la ley no encaja en el concepto europeo de ayudas públicas estatales. Al final, la ley queda coja en uno de los puntos más delicados de esta relación entre la legislación española y la comunitaria.

No es descartable que la Ley 38/2003 termine aplicándose al reintegro del conjunto de las ayudas públicas estatales incompatibles con el Derecho comunitario, pero esto requerirá ciertas adaptaciones del texto legal para el caso de reintegro de créditos oficiales e incluso de las bonificaciones tributarias. Al fin y al cabo, el legislador español está obligado a establecer mecanismos para el reintegro de créditos públicos y avales así como de bonificaciones tributarias incompatibles con la legislación comunitaria, tal como previene el ya citado artículo 14.3 del Reglamento 659/1999 del Consejo. Una vez más se demuestra que la concepción de la Ley 38/2003 de las subvenciones en un sentido estricto y alejado del Derecho comunitario está condenada a causar perturbaciones innecesarias[32].

V. RECIENTE EVOLUCIÓN DE LAS SUBVENCIONES; REPERCUSIÓN CONCEPTUAL

Probablemente, no es ajena a la concepción restrictiva de subvención que maneja la Ley 38/2003 la propia evolución de la promoción económica por el Estado en la última década. Mientras que en los años 1960, 1970 y parte de los años 1980 el Estado usó sin restricciones todos los medios posibles para la promoción y el desarrollo de la economía española (y a algunas de las formas jurídicas empleadas hemos aludido en las páginas anteriores), por el contrario en los últimos años la intensidad de dicha promoción se ha debilitado como consecuencia, sobre todo, del ingreso en la Unión Europea.

Una de las manifestaciones más notables de este proceso se advierte precisamente en los vaivenes sufridos a partir de 1987 por las Entidades Oficiales de Crédito, Entidades que tuvieron un notable papel en la canalización de créditos para la promoción de la economía nacional. En virtud de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado, se convirtió al ICO, antiguo organismo autónomo, en sociedad estatal, al que se transfirió la titularidad de todas las acciones representativas del capital de dichas

(32) Entre los asuntos más delicados de los últimos años de reintegro de ayudas estatales, por su cuantía o por sus repercusiones sociales, hay que señalar los créditos fiscales otorgados por la Diputación foral de Álava a las empresas Ramondin y Daewoo, que el Tribunal de Justicia de la Unión (tanto en primera instancia –Sentencias de 6 de marzo de 2002–, como en casación –Sentencia de 11 de noviembre de 2004, para el caso Daewoo–) consideró sin vacilación como subvenciones o ayudas estatales ilegales, que por supuesto tienen que ser reintegradas. También pueden consultarse por su interés las Conclusiones de la Abogada general sobre ambos asuntos, de 6 de mayo de 2004.

El otro asunto, no resuelto al escribir estas páginas, afecta a los astilleros públicos españoles (IZAR): el reintegro de ayudas ilegales pone en peligro la supervivencia misma de la empresa.

En ninguno de estos supuestos se trata de subvenciones en sentido estricto.

Entidades, sometiendo su actividad al Derecho privado en su integridad. Se iniciaba así un camino que desembocaría en la desaparición de estas Entidades oficiales. El siguiente paso privatizador procede del Real Decreto-ley 3/1991, de 3 de mayo, que creó la Corporación Bancaria de España, SA, a la que se incorporaron las referidas Entidades de crédito con la obligación de competir en igualdad de condiciones con el resto de la Banca privada, aparentemente por exigencias del ingreso en la Unión Europea[33]. Este proceso se consuma en 1999 con la integración de la Banca pública –bautizada Argentaria– en uno de los más potentes bancos privados españoles dando lugar al grupo BBVA[34]. Ahora bien, la desaparición de las antiguas Entidades oficiales de crédito no ha supuesto la del crédito oficial: de forma restringida, el Instituto de Crédito Oficial (ICO) se va a convertir en la agencia financiera del Estado, para el otorgamiento de créditos en condiciones ventajosas. Sobre ello volveremos inmediatamente.

Por lo que se refiere a las bonificaciones fiscales, que hasta mediados de los años 80 alcanzaron unas proporciones considerables, han sufrido también una importante reducción. Los hacendistas atribuyen a los beneficios fiscales una cierta opacidad incompatible con las necesidades de control del gasto público; por lo demás, el otorgamiento de estos beneficios exige una coordinación estrecha entre las distintas Administraciones, especialmente cuando afecte a la legislación tributaria estatal.

Este conjunto de circunstancias alentaron en los últimos años el recurso a las subvenciones en sentido estricto, de lo que es buena muestra la legislación de viviendas de protección pública; el Real Decreto de 12 de junio de 1998, entre las formas de financiación, únicamente admite en el artículo 2 los préstamos cualificados (que son préstamos otorgados por las entidades privadas de crédito en unas condiciones especiales); las ayudas económicas directas, constituidas por la subsidiación de dichos préstamos cualificados, y las subvenciones en sentido estricto. Han desaparecido, por tanto, los beneficios fiscales y los préstamos oficiales que la legislación anterior preveía[35].

EL ICO TIENE LA FUNCIÓN DE SOSTENER Y PROMOVER ACTIVIDADES ECONÓMICAS QUE CONTRIBUYAN AL CRECIMIENTO Y A LA MEJORA DE LA DISTRIBUCIÓN DE LA RIQUEZA NACIONAL

(33) Sobre esto, véase MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, "Reflexiones sobre la nueva ordenación del crédito oficial: hacia el establecimiento de una banca pública", RAP, 122, 1990, págs. 217 y ss.; del mismo autor, "Sistema bancario y crediticio" en *Derecho administrativo económico*. II (Dir. por el mismo autor), La Ley, Madrid, 1991, págs. 188 y ss.

(34) Una síntesis de este proceso, en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., Prólogo al libro de SALVADOR ARMENDÁRIZ, Mª., *Banca pública y mercado*, INAP, Madrid, 2000, págs. 25 y ss.

(35) Sobre la protección de viviendas, puede consultarse IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe, *Administración pública y vivienda*, Montecorvo, Madrid, 2000.

Ahora bien, esta reducción de la masa de incentivos económicos que desde los años 60 hasta bien entrados los años 80 adquirió unas dimensiones muy notables, no significa ni mucho menos que hayan desaparecido por completo, ni por supuesto que los problemas jurídicos formales que planteaban hayan cambiado de naturaleza. Estamos pues, ante unos cambios cuantitativos y circunstanciales, que no afectan a lo sustancial de los problemas jurídicos de fondo. El Estado puede haber limitado ampliamente las bonificaciones fiscales, o haber prescindido de las Entidades oficiales de crédito, pero esto no significa que el Estado –ni por supuesto, las Comunidades autónomas, como comprobaremos a continuación– no siga haciendo uso de los referidos instrumentos jurídicos (préstamos, avales, bonificaciones fiscales) en el contexto de la dirección y promoción económicas.

En efecto, una vez privatizadas las Entidades oficiales de crédito, el ICO fue convertido en agencia financiera del Estado[36], asumiendo la financiación de determinadas líneas de crédito en condiciones ventajosas ya sea en los tipos de interés o en otras condiciones. Así se desprende de sus Estatutos aprobados por Real Decreto 706/1999, de 30 de abril, cuyo artículo 2 le asigna la función de sostener y promover actividades económicas que contribuyan al crecimiento y a la mejora de la distribución de la riqueza nacional y en especial de aquellas que por su trascendencia social, cultural, innovadora o ecológica merezcan ser fomentadas[37].

La sola mención de las líneas de crédito del ICO demuestra la continuidad fundamental entre las funciones de las antiguas Entidades oficiales de crédito y el actual Instituto, sin perjuicio de que el monto de los fondos públicos manejados pueda ser inferior. Por esta misma razón, las Directivas comunitarias sobre la banca que tienen por objeto asegurar el mantenimiento de la concurrencia en el sector financiero, no son de aplicación al ICO, porque la actividad de éste es de naturaleza subvencional[38]. Asimismo, el régimen de

(36) Aunque no todas las operaciones de préstamo del Estado se canalizan a través del ICO. Así, por ejemplo, la concesión de avales del Estado a operaciones de inversión destinadas a la adquisición de buques por empresas navieras domiciliadas en España regulada por Orden de 7 de abril de 2000 –modificada por Orden de 11 de abril de 2002– es tramitada por la Dirección general de la marina mercante, correspondiendo la decisión sobre el otorgamiento del aval al Consejo de ministros. Por su parte, el Real Decreto-ley 10/2001, de 1 de junio, de medidas de carácter urgente para paliar los efectos producidos por las lluvias persistentes en determinados cultivos en la Comunidad Autónoma de Andalucía, prevé diversos incentivos (bonificación de los tipos de interés de los préstamos, moratoria de las cuotas de la Seguridad social), y avales, que serán concedidos por la sociedad anónima estatal de caución agraria (SAECA).

(37) Las líneas de crédito vigentes son las siguientes: financiación de inversiones de Pymes; financiación de inversiones del personal de las Fuerzas Armadas que se incorporen a la vida laboral civil; microcréditos para España; innovación tecnológica; energías renovables y eficiencia energética; cinematografía; proyectos de inversión en el extranjero en que participen empresas españolas; colaboración con entidades financieras internacionales; financiación de proyectos de inversión pública; desarrollo regional; transporte público; vivienda y suelo; parques tecnológicos; fondo de ayuda al desarrollo; apoyo financiero a las exportaciones españolas; inundaciones y otras emergencias (marea negra por el hundimiento del petrolero "Prestige"); inversiones de las instituciones públicas.

(38) Sobre esto, véase SALVADOR ARMENDÁRIZ, María, *Banca pública y mercado*, cit., págs. 249 y ss., 258. En el capítulo relativo al crédito oficial, la autora pone de manifiesto el carácter subvencional de los créditos otorgados por el Instituto, y por tanto la inaplicación del principio de paridad de trato, que por supuesto es exigible al conjunto de la banca. Por ello, la autora utiliza los términos subvención o subvencional en sentido extenso, como yo había propuesto, y se mantiene en este trabajo (pág. 250, nota 4).

En otros países comunitarios existen instituciones parecidas de crédito oficial, debiendo destacarse el caso de Alemania que dejó subsistente su poderosa banca oficial a través de la declaración núm. 37 incorporada al Tratado de Ámsterdam de 1997.

funcionamiento del ICO es esencialmente distinto al de la banca privada, sin perjuicio de que los contratos de préstamo o avales tengan naturaleza privada, y de que la mecánica de sus operaciones responda a los criterios bancarios habituales[39].

Una evolución similar puede apreciarse en el ámbito de la promoción industrial por el Estado. La Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria, dedica el título II a la promoción, modernización y competitividad industriales; en el artículo 5 prevé programas de promoción industrial, que se podrán instrumentar a través de la concesión de ayudas e incentivos públicos, sometiéndose a los límites y condiciones establecidos por el Derecho comunitario (artículo 6). En la larga década transcurrida desde la aprobación de esta Ley, puede decirse que las medidas de promoción industrial han sido utilizadas con contención, a lo que han contribuido tanto las cautelas ante el Derecho comunitario como la convicción de los Gobiernos españoles de no hacer un uso intenso de la llamada política industrial. En todo caso, de la escueta regulación de las medidas o incentivos financieros contenida en esta Ley hay que destacar, en lo que nos afecta, dos aspectos: por un lado, la falta de concreción o tipificación de concretas medidas financieras, contra lo que había sido habitual en el Derecho español, lo que supone dejar en manos del Ejecutivo a través de las posteriores normas reglamentarias una parte importante del proceso; por otro, es evidente que las ayudas e incentivos a que alude el artículo señalado de la Ley de industria nos remiten a las subvenciones en sentido amplio aquí manejado (y por supuesto, a los artículos 81 y 82 de la Ley general presupuestaria en su reforma de 1990)[40].

Por su parte, algunas Comunidades autónomas han creado instituciones financieras con competencias claramente subvencionales; es el caso del Instituto catalán de finanzas, regulado por Ley de 14 de enero de 1985 (modificada por Ley de 20 de mayo de 1996), que prevé la concesión de créditos y avales para actividades que deban realizarse en Cataluña, o incluso fuera de la región si la empresa afectada tiene su actividad principal en Cataluña. Sobre este modelo la Ley valenciana de 28 de diciembre de 1990 creó también el Instituto valenciano de finanzas.

(39) Así, el ICO no puede admitir depósitos del público, la emisión de sus títulos se asimila a la emisión de Deuda pública, y por supuesto goza de la garantía plena del Estado. Sobre estas cuestiones, *cfr.* SALVADOR ARMENDÁRIZ, *Banca pública y mercado*, cit., págs. 259, 263.

(40) Con regularidad han sido publicadas bases reguladoras para la concesión de ayudas para actuaciones de reindustrialización. Véase, por ejemplo, la Orden de 9 de marzo de 2000 (BOE de 23 de marzo), que, entre dichas ayudas, prevé subvenciones en sentido estricto y préstamos; el otorgamiento, y el seguimiento y control del cumplimiento de las mismas radica en un órgano del Ministerio de Industria; en caso de incumplimiento de la finalidad de las ayudas, procede la revocación de todas ellas, junto con el reintegro de las cantidades percibidas y los intereses de demora, remitiéndose al artículo 81.9 de la Ley general presupuestaria y a su Reglamento de desarrollo (Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre). Esta Orden encaja tanto en la Ley de industria señalada en el texto como en la Ley general presupuestaria.

Aunque la adopción de medidas de reindustrialización ha sido en algún momento discutida por las Comunidades autónomas, parece que la competencia estatal no ofrece dudas. En este sentido, el Auto de 16 de noviembre de 2004, del Tribunal Constitucional (BOE de 8 de diciembre), en que se acuerda tener por desistido al Gobierno catalán del conflicto positivo de competencias promovido contra la Orden de 19 de mayo de 1997 sobre ayudas a la reindustrialización, similar a la comentada en esta nota.

La regulación de distintos incentivos económicos es frecuente en la legislación autonómica de los últimos años, bajo la expresión "ayudas y subvenciones", acuñada como sabemos en los artículos 81 y 82 de la ley general presupuestaria en su reforma de 1990. La Ley de vivienda de Canarias de 30 de enero de 2003 prevé en su artículo 38 diversas medidas para la financiación de viviendas protegidas: préstamos cualificados, ayudas económicas directas (varias formas de subvención en sentido estricto), y en último término avales o cualquier clase de ayuda que facilite la financiación de la vivienda. Como ha sido tradicional en nuestro Derecho, se trata de distintos incentivos financieros cuya nota común es que se comprometen fondos públicos. El Decreto de 27 de enero de 2004, por el que se desarrolla la citada ley, prevé en el artículo 4.c) la competencia del Instituto canario de la vivienda para tramitar y resolver las solicitudes de ayudas públicas, así como su modificación, revisión y revocación; y en el artículo 9.j) las facultades de las autoridades del Instituto para iniciar los expedientes de reintegro de las ayudas y subvenciones concedidas en materia de viviendas protegidas.

Los conceptos básicos manejados en esta normativa sobre viviendas protegidas son los propios de las subvenciones en sentido amplio; la expresión ayudas públicas como comprensiva de todos los supuestos en los que se comprometen fondos públicos aparece una y otra vez a lo largo de las normas mencionadas, lo que por lo demás es perfectamente coherente con la base estatal contenida en los artículos ya citados de la ley general presupuestaria. Pero conviene llamar también la atención sobre la claridad con que el Decreto citado prevé la modificación, revisión y revocación, así como el reintegro, de las distintas ayudas públicas sin excepción. No se detiene, como nunca ha sucedido en nuestro Derecho, en averiguar la naturaleza pública o privada de la forma de subvención, sino que el dato relevante por excelencia es la finalidad de la medida o incentivo, y en consecuencia, en caso de incumplimiento de dicha finalidad, procede el reintegro del conjunto de las ayudas percibidas[41].

Pero es en la Ley navarra 3/2000, de 22 de junio, de ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis donde mejor se percibe el mantenimiento de los conceptos que venimos señalando en estas páginas. Esta ley, que modifica una Ley anterior de 4 de marzo de 1985 para adaptarse a las Directivas comunitarias, prevé una serie de medidas financieras destinadas a los referidos salvamento y reestructuración de empresas[42].

(41) En unos términos muy similares, la Ley navarra de 24 de junio de 2004, de protección pública a la vivienda, prevé en el artículo 12 diversas medidas de financiación de las viviendas protegidas, entre las que se incluyen la subsidiación de préstamos y subvenciones a fondo perdido (típicas subvenciones en sentido estricto), y además exenciones, deducciones y desgravaciones fiscales, así como cualquier otra ayuda que facilite la financiación de estas viviendas.

(42) Según el artículo 2 de la Ley, se entiende por "salvamento" aquella operación dirigida a sostener temporalmente la posición de una empresa que se enfrenta a un serio deterioro de su situación financiera, hasta tanto se analizan las circunstancias que han originado las dificultades y se elabora un plan adecuado para afrontar la situación, siempre y cuando inicialmente se considere posible encontrar una solución a largo plazo. Y por "reestructuración", el conjunto de medidas factibles, coherentes y de amplio alcance, destinadas a restablecer la viabilidad a largo plazo de una empresa.

Entre las medidas de salvamento, el artículo 5 de la ley enumera los préstamos y avales; entre las medidas de reestructuración, el artículo 11 prevé las siguientes ayudas: subvenciones en sentido estricto, préstamos, avales, beneficios tributarios. Corresponde la competencia para el otorgamiento del conjunto de dichas ayudas al Departamento de Industria, con el informe vinculante del Departamento de Hacienda cuando las ayudas consistan en avales y beneficios fiscales (artículo 17). De acuerdo con el artículo 21, el control del cumplimiento de las obligaciones asumidas corresponde también al Departamento de Industria ("del correcto uso y destino de las ayudas concedidas", dice el citado artículo 21). En caso de incumplimiento, según el artículo 23, el Gobierno foral cancelará las ayudas y ordenará el reintegro de las cantidades percibidas. En una muestra rotunda de la estrecha conexión entre los distintos tipos de ayudas, el mismo artículo 23 establece que para el caso de que el beneficiario de las ayudas cometa alguna de las infracciones previstas en la Ley 8/1997, de 9 de junio, reguladora de las subvenciones de la Administración foral de Navarra, se impondrán las sanciones previstas en esta ley.

En suma, contiene esta ley una síntesis de los conceptos que venimos manejando en páginas anteriores: bajo el concepto común de ayudas, prevé diversos incentivos económicos, que tienen en común comprometer fondos públicos (subvenciones en sentido estricto, préstamos, avales, beneficios fiscales). Este conjunto de ayudas no se otorgan, ni se gestionan, de forma dispersa, sino que forman parte de un conjunto coherente de medidas administrativas al servicio de la finalidad de salvamento o reestructuración que motiva la ley navarra comentada; por ello mismo, fundamentalmente la competencia para el otorgamiento, y el control, residen en el Departamento de Industria, sin perjuicio de la necesaria coordinación expresada a través de un informe vinculante, cuando las ayudas interesen de una manera inmediata a la Hacienda foral (avales y beneficios fiscales). Por descontado, el control del cumplimiento de los objetivos u obligaciones se extiende por igual a todas las ayudas, y en caso de incumplimiento procede la cancelación (en realidad, una revocación por incumplimiento), y el subsiguiente reintegro de las cantidades percibidas. Pero lo más llamativo es que esta ley sobre salvamento y reestructuración de empresas en crisis no tiene el menor inconveniente en remitirse al capítulo sobre infracciones y sanciones de la ley de subvenciones de la Comunidad foral, extendiendo su aplicación al conjunto de las ayudas mencionadas. Todo este entramado normativo presupone un concepto amplio de sub-

AL PARTIR DE UN CONCEPTO ESTRICTO DE SUBVENCIÓN, EL ESTADO RENUNCIA A ESTABLECER EL MARCO COMÚN DEL CONJUNTO DE MEDIDAS FINANCIERAS QUE PUEDEN SER ACORDADAS POR LAS RESTANTES ADMINISTRACIONES

venciones (o ayudas), que además en el presente caso hemos de calificar de económicas porque su objeto es promocionar los sectores productivos de la economía. En último término, debe subrayarse el propósito confesado de esta ley foral de acogerse a las Directivas comunitarias de ayudas del Estado para el salvamento y reestructuración de empresas en crisis (en concreto, unas Directrices de 19 de septiembre de 1997). Como se ha dicho anteriormente, la inserción de nuestro Derecho de subvenciones en los moldes de dicha normativa exige utilizar el referido concepto amplio, que, por otro lado, es el tradicional de la legislación española.

En la misma línea, la reciente Ley 8/2004, de 12 de noviembre, de Industria de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que desarrolla la Ley estatal de industria de 16 de julio de 1992, prevé una vigorosa política de promoción industrial a través de planes estratégicos y programas de promoción industrial en los artículos 20 y siguientes[43], que se instrumentarán a través de la concesión de ayudas, incentivos públicos u otro tipo de medidas, en los términos que se determinen reglamentariamente y dentro del respeto a las normas sobre defensa de la competencia (artículo 27). A pesar de esta falta de concreción legal, es indudable que los términos empleados en esta Ley remiten a subvenciones en sentido amplio, tal como hemos visto que sucede en la Ley de Industria estatal.

VI. CONCLUSIONES

Es posible que la concepción restrictiva de las subvenciones que se plasma en la Ley 38/2003 pueda aportar algunas ventajas, pero presenta no pocos inconvenientes. De entrada, no debe subestimarse que el concepto de ayuda o subvención en sentido amplio de la Ley general presupuestaria de 1990 se incorporó posteriormente al resto del ordenamiento jurídico español, en particular a la legislación de defensa de la competencia y sobre todo al artículo 308 del Código Penal (fraude de subvenciones); subyacía en la normativa sobre el control de cuentas por el Tribunal estatal y los autonómicos (al identificar todos los supuestos en que se producía un control de los fondos públicos). Por ello, la nueva regulación plantea un problema de incongruencia, especialmente en el ámbito penal, dada la posición que las normas penales ocupan en el conjunto del ordenamiento.

Por lo demás, el conjunto de incentivos analizados en el apartado anterior demuestra la conveniencia de mantener en nuestro Derecho un concepto amplio de subvención o ayuda, que incluye cualesquiera medidas financieras en que resulten comprometidos fondos públicos, lo que incluye las subvenciones en sentido estricto, los préstamos y avales, y los beneficios fiscales. Es evidente que se trata de actos de naturaleza diversa, pero aglutinados por un elemento finalista que les da coherencia: normalmente se fijan en una norma administrativa unos determinados objetivos ("plan estratégico", dice ahora el artículo 8.1 de la Ley 38/2003), a cuyo fin se prevén distintas medidas financieras, de carácter

(43) Estructurada en cuatro grandes sectores: promoción industrial, sociedad de la información y el conocimiento, tecnología e innovación, e internacionalización.

público o privado. Dichas medidas deben incluir las obligaciones asumidas –condiciones o modos de naturaleza jurídico-pública–, que acompañan por igual a los actos administrativos (subvención en sentido estricto o bonificación fiscal incorporada a la relación tributaria), y a los créditos y avales. Por ello mismo, en caso de incumplimiento de las referidas obligaciones por el particular, procede la revocación del conjunto de las ayudas y el reintegro de las cantidades correspondientes. Ambos rasgos –finalismo y su consecuencia, el cumplimiento– ocupan un lugar central en la Ley 38/2003: en cuanto al primero, ya se ha dicho que el concepto de subvención se construye sobre dos elementos, la entrega sin contraprestación, y el cumplimiento de una finalidad de naturaleza pública [artículo 2.1.b) y c)], y los temas vinculados al cumplimiento de las subvenciones se regulan en los Títulos II (reintegro) y III (control financiero). Lo que sorprende por tanto es que, erigida la finalidad en punto central del régimen subvencional, no se extraigan las consecuencias pertinentes, que a mi modo de ver conducen al señalado criterio de imponer normas comunes a todos los supuestos en que resultan comprometidos fondos públicos.

La condición o el modo acompañan por tanto en todo caso y necesariamente a las distintas medidas financieras adoptadas; cuando se trata de una subvención en sentido estricto, la calificación jurídica es bien sencilla: se trata de una determinación accesoria que acompaña a un acto administrativo favorable[44]; en el caso de los beneficios fiscales, se introduce un elemento nuevo y en cierto modo extraño que terminará por condicionar la propia relación tributaria (por ejemplo, en caso de incumplimiento, el interesado deberá pagar las cantidades no ingresadas). Y en lo que respecta a préstamos y avales, nos hallamos en presencia del típico uso por la Administración de medios jurídico-privados al servicio de finalidades públicas, lo que inevitablemente altera el régimen de dichos contratos; así, éstos se someten a una finalidad ulterior que va más allá de lo habitual en la práctica bancaria, y en caso de incumplimiento del objetivo fijado por la Administración, procede el reintegro de las cantidades correspondientes. Las dificultades para articular mecanismos de control de la Administración cuando acude a formas privadas, debidas no sólo a factores intrínsecos sino también a la falta de voluntad política, no debe ser motivo suficiente para prescindir del sometimiento de la Administración a unos mínimos de legalidad[45]. Desde luego, hay que entender que el control del cumplimiento de los compromisos u obligaciones incorporados a cualquier subvención o ayuda, así como la revocación y el reintegro subsiguientes, tienen naturaleza jurídico-pública[46]. En definitiva, está en juego el cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24 de la Constitución.

(44) En general, sobre las determinaciones accesorias, puede consultarse VELASCO CABALLERO, Francisco, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1996, así como el prólogo de A. GALLEGO ANABITARTE.

(45) En el mismo sentido, MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, "Reflexiones sobre la nueva ordenación del crédito oficial", cit., págs. 230 y ss.

(46) Así se desprende de la Disposición Adicional Cuarta de la propia Ley 38/2003, para las subvenciones en sentido estricto, al prever la colaboración de empresas privadas de auditoría para la realización de controles financieros de subvenciones, pero añade que la realización de aquellas actuaciones que supongan el ejercicio de potestades administrativas sólo corresponderá a la Intervención general del Estado, o a las Corporaciones locales cuando se trate de subvenciones otorgadas por éstas. A mi modo de ver, la misma regla debe regir para las otras modalidades de subvención señaladas en el texto.

No está justificado, en definitiva, que el Derecho español, reduciéndose a un concepto estricto de subvención, renuncie al uso de otras medidas o incentivos financieros, o que si lo hace, sea al margen de normas fundamentales de Derecho público.

Por ello mismo, la Ley 38/2003 es contraproducente para sus propios objetivos declarados en la Exposición de Motivos (establecer un tratamiento común para las subvenciones otorgadas por todas las Administraciones y servir de puente para la aplicación del Derecho comunitario). Ciertamente, puede cumplir limitadamente el primer objetivo, "ahormando" la legislación autonómica de subvenciones dictada en los últimos años. Pero, al partir de este concepto estricto de subvención repetidamente señalado, el propio legislador estatal parece desechar su competencia para encauzar y sentar las bases de aquellas instituciones autonómicas y de aquellas leyes autonómicas que prevén supuestos de ayudas diferentes a la subvención en sentido estricto, a que hemos hecho referencia en el apartado anterior. Consecuencia que difícilmente se puede aceptar, puesto que el Estado dispone de competencias decisivas en relación con la dirección de la política económica, que debe incluir la articulación de los medios jurídicos precisos para ejecutarla. En suma, al partir de un concepto estricto de subvención, el Estado implícita e innecesariamente renuncia a establecer el marco común del conjunto de medidas financieras o subvenciones en sentido amplio que pueden ser acordadas por las restantes Administraciones, con diferentes finalidades, pero sobre todo con finalidades ligadas a la dirección y a la promoción de la economía. Por lo demás, tampoco es adecuada la Ley 38/2003 para servir de puente con el Derecho comunitario de ayudas de Estado, el segundo objetivo declarado de la ley, porque éste utiliza un concepto mucho más amplio, como se ha visto anteriormente. No es extraño por ello que la Ley 38/2003 incurra en las contradicciones señaladas en el apartado C).

Transfuguismo y concejales no adscritos

(A próposito de la reforma de la LBRL por la Ley 57/2003)

TEODOSIO GONZÁLEZ DEL TESO

Profesor Asociado de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

Sumario:

I. Introducción. II. Antecedentes. III. El origen de la reforma: el transfuguismo político. A) Significado y valoración. B) Causas. a) La representación política. a') La representación política medieval. b') La democracia de los modernos. c') La democracia actual de partidos. b) La representación política en la Constitución. c) La jurisprudencia del TC. C) Respuestas frente al transfuguismo. IV. Contenido de la reforma del artículo 73.3 LBRL. A) Régimen de los grupos políticos. B) Concejales no adscritos. a) Concepto. b) Derechos de los no adscritos. a') *Status* constitucional. b') *Status* legal del no adscrito. 1. Derechos políticos. 2. Derechos económicos. V. Reflexiones finales. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

De las múltiples reformas que desde su promulgación ha sufrido la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en lo sucesivo LBRL), la última, llevada a cabo por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local, constituye, probablemente, la más importante, no sólo por la extensión de las modificaciones, sino también por la profundidad y alcance de alguna de ellas, señaladamente, el establecimiento de un régimen organizativo especial para los municipios más poblados.

Que la Comisión de Gobierno en los municipios pase a denominarse Junta de Gobierno Local y que se introduzca un régimen organizativo especial para los municipios de mayor población revela que la importancia de las modificaciones operadas en la LBRL por la Ley 57/2003 es desigual. Por otra parte, hay modificaciones que alcanzan a todos los municipios y otras que se limitan a los municipios con una cifra de población más elevada. La reforma es, fundamentalmente, del municipio, aunque también alcanza, si bien con

un carácter menor, a las Diputaciones Provinciales y a las mancomunidades. Por último, aunque la reforma es su mayor parte de la LBRL, también se introducen algunas modificaciones en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

No es, sin embargo, propósito perseguido con el presente trabajo realizar una exposición de todas y cada una de las modificaciones. El objetivo, mucho más limitado y modesto, es analizar la modificación del artículo 73.3 LBRL, donde se regulan los grupos políticos municipales, dando cuenta de sus antecedentes, causas y fines que se pretenden, así como las dificultades para conseguir estos últimos.

II. ANTECEDENTES

Paradójicamente, la Ley 57/2003, en general, y la modificación que opera en el artículo 73.3 LBRL no tienen idéntico antecedente. El inmediato de la primera lo constituye la Proposición no de Ley presentada el 17 de enero de 2003 por el Grupo Parlamentario Socialista sobre las grandes ciudades, las ciudades y sus áreas de influencia urbana, que después de haber sido objeto de debate en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados del día 11 de marzo, fue aprobada con modificaciones por el Pleno de dicha Cámara el día 18 del mismo mes[1]. En el debate de totalidad del Proyecto de Ley, el propio Ministro de Administraciones Públicas reconocía que el Consejo de Ministros había tenido muy en cuenta esta Proposición no de Ley[2].

El antecedente mediato de la Ley 57/2003 se debe situar en el Informe sobre Grandes Ciudades y las Áreas de Influencia Urbana elaborado en el seno del Ministerio de Administraciones Públicas que, presentado por su titular el día 11 de octubre de 2001 en la Comisión de Entidades Locales del Senado, su dictamen, con la propuesta de modificación presentadas por todos los Grupos Parlamentarios, fue aprobado por el Pleno del Senado en sesión celebrada el día 26 de marzo de 2003[3].

El nuevo régimen de los grupos políticos municipales y la creación de la figura de los concejales "no adscritos" que incorpora en la LBRL la Ley 57/2003 no tiene estos antecedentes. Ni en la Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Socialista ni en el dictamen de la Comisión de Entidades Locales del Senado a que se acaba de hacer mención,

(1) La referida Proposición no de Ley aparece publicada en el BOCG *CD* núm. 464, del día 27 de enero de 2003; las enmiendas formuladas y el finalmente aprobado se recogen en el BOCG *CD* núm. 507, del día 18 de marzo de 2003.

(2) *Vid. DSCD* núm. 264, de 26 de junio de 2003, pág. 13698.

(3) El dictamen de la Comisión de Entidades Locales en relación con el Informe sobre las Grandes Ciudades y las Áreas de Influencia Urbana y los votos particulares formulados al mismo se publican en el BOCG *S* núm. 260, del día 24 de marzo de 2003; el acuerdo del Pleno del Senado por el que se aprueba el referido dictamen aparece publicado en el BOCG *S* núm. 628, del día 31 de marzo de 2003.

se alude al nuevo contenido del artículo 73.3 LBRL. La prueba más reveladora de que sus antecedentes resultan ajenos a los que son propios de la Ley, se hace visible al comprobar que en el Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno no aparecía la modificación del citado artículo de la LBRL.

El origen de la reforma del artículo 73.3 LBRL se debe situar en el "Código de conducta política en relación con el transfuguismo en las Corporaciones Locales", suscrito por el Gobierno y las fuerzas políticas con representación parlamentaria el día 7 de julio de 1998, entre cuyas reglas para eliminar los efectos de aquél, se contemplan, en lo que ahora interesa, la de "desincentivar el transfuguismo político a través de la adopción de medidas disuasorias de carácter económico, reglamentario y protocolario", así como propiciar reformas en los reglamentos orgánicos de las Corporaciones Locales para establecer que "los concejales que abandonen los partidos o agrupaciones en cuyas candidaturas resultaron elegidos no pasen al Grupo Mixto, sino que se organicen a partir de la creación de la figura de los "No Inscritos" o del "Concejal Independiente", con la concreción, en su caso, del correspondiente grupo de "no inscritos" y actúen en la Corporación de forma aislada, sin que puedan percibir o beneficiarse de los recursos económicos y materiales a disposición de los grupos políticos de la Corporación".

LA LEY 57/2003 CONSTITUYE LA MÁS IMPORTANTE REFORMA DE LA LBRL YA QUE, ENTRE OTRAS COSAS, ESTABLECE UN RÉGIMEN ORGANIZATIVO ESPECIAL PARA LOS MUNICIPIOS MÁS POBLADOS

Por lo demás, los partidos políticos firmantes del acuerdo se comprometían a estudiar y, en su caso, presentar antes de finalizar el siguiente período de sesiones una iniciativa de reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (en lo sucesivo, LOREG), para "regular el supuesto de titularidad del cargo cuando el representante electo abandone voluntariamente el partido político" y para "limitar los efectos del transfuguismo que puedan provocar la presentación de mociones censura".

Aunque de forma tardía, este compromiso de presentar iniciativas de reforma se ve por fin cumplido con la Proposición de Ley Orgánica para impulsar medidas legislativas contra el transfuguismo en las Corporaciones Locales, presentada por todos los Grupos Parlamentarios en el Congreso de los Diputados en el mes de junio de 2003[4]. Con esta Proposición de Ley no sólo se pretendía reformar el artículo 197 LOREG, relativo a la moción de censura, sino también el artículo 73.3 LBRL, para, en palabras de su Exposición de Motivos, "regular

(4) La Proposición de Ley Orgánica y la corrección de los errores padecidos por los grupos firmantes aparecen publicadas en el BOCG CD de los días 4 de julio y 5 de septiembre de 2003, respectivamente.

la figura del 'no adscrito' como aquel miembro de una Corporación Local que habiendo sido elegido en una candidatura electoral, abandona su grupo político" y evitar que con el transfuguismo "puedan obtenerse ventajas individuales, económicas o políticas consecuencia del mecanismo legalmente previsto para financiar el normal funcionamiento de los grupos políticos en las Corporaciones Locales o de los reglamentos internos de funcionamiento de las Corporaciones".

La simultánea tramitación de la Proposición de Ley Orgánica para impulsar medidas legislativas contra el transfuguismo en las Corporaciones Locales y del Proyecto de Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno Local es aprovechada por el Grupo Parlamentario Socialista para proponer, mediante dos enmiendas al Proyecto de Ley, incluir en éste no sólo la reforma del artículo 73.3 LBRL que pretendía realizar la Proposición de Ley Orgánica, sino añadir también a dicho precepto un nuevo párrafo para evitar que los tránsfugas puedan apropiarse, en virtud de mayorías coyunturales, de la denominación y prerrogativas del grupo político legítimamente constituido. Ambas enmiendas son incorporadas en el Dictamen emitido por la Comisión de Régimen de las Administraciones Públicas, sin que en el resto de la tramitación parlamentaria sufrieran alteración alguna[5].

III. EL ORIGEN DE LA REFORMA: EL TRANSFUGUISMO POLÍTICO

A) Significado y valoración

Los antecedentes de la reforma del artículo 73.3 LBRL revelan, como se acaba de ver, que ésta tiene su causa u origen en el transfuguismo político. Pero, ¿qué es o en qué consiste el transfuguismo político? Por derivación del término tránsfuga, al que el Diccionario de la Real Academia Española define como "persona que pasa de un partido a otro", se entiende por transfuguismo el abandono de un partido, ingresando o no en otro, pero conservando el cargo público para el cual fue elegido dentro del partido abandonado.

Este amplio significado del término olvida, sin embargo, que en los actuales sistemas democráticos el protagonismo en los órganos representativos no lo tienen los representantes individualmente considerados, sino las agrupaciones en que éstos se integran y que, por ello, el fenómeno del transfuguismo debe limitarse a las relaciones entre los representantes y el grupo parlamentario o municipal a que se pertenece. Dicho de modo más sencillo. Antes de la elección, la relación se da entre afiliado y partido político, pero después de la elección, dicha relación lo es entre representante y grupo parlamentario o municipal. Como ha dicho PRESNO LINERA, "no cabe hablar, pues, de transfuguismo en términos jurídico-representativos cuando el comportamiento que se analiza se refiere al funcionamiento de los partidos o a la conducta de sus militantes y la consiguiente situa-

(5) El texto de las enmiendas puede verse en el BOCG CD del día 18 de septiembre de 2003, págs. 105 y 106. El Dictamen de la Comisión de Régimen de las Administraciones Públicas aparece publicado en el BOCG CD del día 7 de octubre de 2003.

ción de estos últimos en el seno de la entidad política. El militante que se marcha de un partido no es tránsfuga (…). Sí lo sería, en cambio, la persona no afiliada a una formación política que ha concurrido a las elecciones en una determinada candidatura y que luego se marcha a un Grupo Parlamentario distinto de aquel que es expresión de la candidatura electoral"[6]. Por iguales razones "no serían tránsfugas –sigue diciendo el citado autor– los representantes que abandonan un grupo parlamentario, si integran un colectivo con entidad política propia, avalada democráticamente por los electores y portadora, por tanto, de una concreta representatividad"[7].

En la praxis política, no obstante, el término transfuguismo se aplica para situaciones muy diversas, aunque en todos los casos se trata de un representante político que viola de una manera u otra la fidelidad debida a los electores que lo han votado y al partido que lo ha presentado o promovido al cargo[8]. De análoga manera contempla el fenómeno GARCÍA ROCA, cuando refiere aquél a una pluralidad de realidades muy diversas y que, aunque no siempre sean merecedoras de condena, ésta sí se hace presente en el electorado y, en general, en la opinión pública, cuando la conducta supone "una posición contraria a la del electorado y a la del programa político avalado por la candidatura en la cual se obtuvo la elección"[9].

Sea como fuere, lo cierto es que la generalidad de la doctrina constitucionalista[10] ve el transfuguismo como un fenómeno patológico de extrema gravedad por las consecuencias que comporta y que Jorge DE ESTEBAN las resume en las siguientes: "falsea la representación política, debilita el sistema de partidos, dificulta la gobernabilidad, favorece la corrupción y, por último, deteriora la cultura política democrática"[11]. El transfuguismo,

(6) PRESNO LINERA, M.A., "La superación del transfuguismo político en las corporaciones locales como exigencia de una representatividad democrática", *REALA*, núm. 277, 1998, pág. 120.

(7) *Ibidem*, pág. 120.

(8) En este quebranto de la fidelidad al electorado se basa, sin duda, PRESNO LINERA cuando, para sostener una concepción funcional del cargo representativo, afirma que "el representante se debe únicamente a la representatividad que porta y que se configura en las urnas, en la voluntad política de un sujeto jurídico, el cuerpo electoral" y, por ello, "la pretensión de asegurar al máximo la fidelidad, la lealtad electoral de los parlamentarios no sólo no constituye un remedo moderno del mandato imperativo estamental, sino que es una exigencia consustancial al sistema representativo democrático". "La prohibición del mandato imperativo como una garantía al servicio de la representatividad democrática", *Debates Constitucionales (Revista Electrónica de la Red DERECONS)*, núm. 1, 1999, pág. 2. Puede consultarse en el sitio de internet: *http://constitucion.rediris.es/revista/dc/dc/uno/Presno.html* (visitado por última vez el día 12 de mayo de 2004). Al mismo hecho alude RUBIO LLORENTE, F., cuando expresa que "las razones que fundamentan esta universal condena se pueden reducir a la muy elemental de que, al romper la disciplina de partido, el tránsfuga traiciona al electorado", "Los tránsfugas no son tan malos", *El País*, 6 de octubre de 1993.

(9) GARCÍA ROCA, J., *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, 1998, pág. 79.

(10) Véanse DE ESTEBAN, J., "El fenómeno español del transfuguismo político y la jurisprudencia constitucional", *REP*, núm. 70, 1990, págs. 7-32; "El escaño no es del diputado", *El Mundo*, 26 de junio de 2003; MURILLO DE LA CUEVA, P.L., "Problemas constitucionales de la representación política", en *Debate Abierto*, núm. 7, 1992, págs. 142 y ss.; SANTAOLALLA LÓPEZ, F., "Partido político, Grupo Parlamentario y Diputado", en *Derecho de partidos* (Coord. José Juan González Encinar), Espasa Calpe, Madrid, 1992, págs. 110 y ss.; ABELLÁN, A.M., "Los representantes y el derecho de participación en el ordenamiento jurídico español", *REP*, núm. 84, 1994, págs. 212 y ss.; RENIU VILAMALA, J.M., "La representación política en crisis: el transfuguismo como estrategia política", en *El debate sobre la crisis de la representación política* (Editor Antonio J. Porras Nadales), Tecnos, Madrid, 1996, págs. 265 y ss. Otros autores, como RUBIO LLORENTE, F., "Los tránsfugas...", cit., o GARCÍA ROCA, J., *Cargos públicos...*, cit., págs. 77-83, parecen aceptar el transfuguismo como un mal menor, pues, algunas de las alternativas que se ofrecen serían un remedio más insano que la enfermedad que pretenden combatir.

(11) DE ESTEBAN, J., "El fenómeno español...", cit., págs. 12-15 y "El escaño...", cit.

en fin, se ve como una quiebra del principio democrático al suponer un apartamiento de la voluntad manifestada por los electores.

No deja de haber quienes, por uno u otro motivo, justifican el transfuguismo. Así, para los politólogos franceses Danis JEAMBAR e Ives ROUCATE existe una justificación válida en la conducta de los tránsfugas, al considerar que, aun siendo vista como una traición, ésta es un acto fundacional de la política, que complementada con la flexibilidad, adaptabilidad y el antidogmatismo, forma parte de los cambios de aquellos que hacen política. Según estos autores "no se gobierna una ciudad con leyes de bronce y principios eternos, salvo que se prefiera, como en Irán o en Libia, la tiranía al proceso democrático. Gobernar es, ante todo, traición"[12]. Argumentación análoga expone MONEDERO, para quien "cambiar de bando puede perfectamente ser señal no sólo de buen gusto, sino de estricta dignidad para con determinados presupuestos en el desarrollo del tiempo (...). Si no se parte de la maldad del tránsfuga, puede entenderse que éste, ante lo que entiende una traición a lo que significa el partido o el programa, obra en conciencia"[13].

B) Causas

Diagnosticado el transfuguismo como una grave patología del sistema democrático, resulta no sólo conveniente, sino necesario averiguar por qué se produce, pues, será más efectivo combatir o erradicar sus causas, si ello resulta posible, que neutralizar sus efectos. No se trata de entrar en las causas materiales que llevan al representante a traicionar al electorado, en las que, junto a elementos políticos, probablemente jueguen también circunstancias de carácter económico o, incluso, personal. Su análisis sería acaso propio de la sociología política, pero indudablemente ajeno a una perspectiva jurídica como la aquí adoptada. Desde esta consideración jurídico-formal, Jorge DE ESTEBAN, uno de los autores que con mayor vehemencia ha censurado el transfuguismo político, considera que la legalidad de éste descansa en tres postulados: en primer lugar, la actual concepción de la representación política; en segundo término, la Constitución y las leyes que la desarrollan y, por último, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[14]. Otros autores que, directa o tangencialmente, se refieren al fenómeno, aluden, como mecanismos que lo hacen posible, al modelo de representación política vigente en nuestro país, tal y como lo ha interpretado el Tribunal Constitucional.

a) La representación política

Lo que hoy conocemos como democracia representativa no es sino la cristalización más acabada o depurada de un sistema de gobierno que se decanta de forma progresiva tras

(12) JEAMBAR, D. y ROUCATE, I., *Elogio de la traición*, Gedisa, Barcelona, 1990, págs. 25 y 37.

(13) MONEDERO, J.C., *El debate sobre la crisis* ..., cit., pág. 286.

(14) DE ESTEBAN, J., "El fenómeno español...", cit., pág. 15.

las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa. La evolución que desde entonces ha sufrido el régimen representativo ha sido, desde luego, notable, pero aún conserva casi intactos algunos de los principios que lo sustentan, particularmente, la independencia en sus decisiones, esto es, el mandato libre. Era la democracia de los modernos frente a la de los antiguos. Sin embargo, la democracia representativa de los primeros no es una creación *ex nihilo* del pensamiento político moderno, sino un legado de la historia. Los parlamentos modernos se han formado por transformación gradual (en Inglaterra) o brutal (en Francia) o por imitación (en las colonias americanas) de las instancias que aparecían como órganos representativos en las sociedades anteriores. El cuidado que ponen los primeros partidarios de las asambleas representativas modernas en detallar los rasgos que diferencian la nueva institución de la antigua revela que son conscientes de los lazos de filiación entre una y otra.

a') La representación política medieval[15]

En la época medieval la técnica de la representación de los Parlamentos, basada en el Derecho privado, se articulaba a través de un acto jurídico en el que quedaban claramente definidos los sujetos de la representación y el contenido de ésta. En cuanto a los sujetos de la relación representativa, el representante no actuaba como mandatario de la universalidad del pueblo, sino en nombre de las personas, municipios o corporaciones que lo designaban. Por lo que se refiere al contenido y extensión de la representación, uno y otra eran muy restringidos, dado que el representante sólo podía actuar dentro de los límites conferidos por el mandato, que estaban fijados en los Cuadernos de Instrucciones y garantizados con la eventual revocación del representante si éste sobrepasaba aquéllos.

SE ENTIENDE POR TRANSFUGUISMO EL ABANDONO DE UN PARTIDO, INGRESANDO O NO EN OTRO, PERO CONSERVANDO EL CARGO PÚBLICO PARA EL CUAL SE FUE ELEGIDO

En la concepción medieval de la representación, en suma, la forma de asegurar que el representante cumpliese cabal y fielmente con el mandato otorgado por los estamentos o gremios representados, se basaba en dos instrumentos: los Cuadernos de Instrucciones y la revocabilidad del mandato. Era el modelo conocido como mandato imperativo, en el que, para asegurar la eficaz promoción de sus intereses, los representados tenían en la capacidad de revocación del representante, la garantía frente a cualquier desviación de la conducta de éste.

(15) *Vid.* TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional español*, Vol. I, Atomo, 1985, págs. 73 y 74; DE ESTEBAN, J.: "El fenómeno español...", cit., págs. 15 y 16.

b') La democracia de los modernos[16]

La técnica de la representación medieval, concebida en forma de mandato imperativo, es sustituida en los procesos revolucionarios burgueses por la fórmula del mandato representativo, que conferirá un sentido político y jurídico radicalmente diferente a la representación. Ésta ya no se construye sobre los esquemas jurídicos del Derecho privado, propios de los contratos de comisión o de mandato, ni el representante opera en nombre de las personas o estamentos que lo eligen, ni el mandato se circunscribe a lo establecido en los Cuadernos de Instrucciones, ni tampoco resulta ya posible la revocación libre del representante.

La teoría liberal del mandato representativo formulada básicamente en la obra de Sieyès y Constant, tiene las siguientes características. Es, en primer término, un mandato nacional, es decir, el representante ya no lo es de la circunscripción en que ha resultado elegido, sino de la Nación como un todo[17]. En segundo lugar, se trata de un mandato general, esto es, no limitado a los intereses particulares de quienes eligen al representante. Consiste, en tercer lugar, en un mandato libre[18], lo que quiere decir que los representantes no se encuentran vinculados por instrucciones de ningún tipo; la voluntad de la Nación la forman los propios representantes reunidos en la Asamblea. Finalmente, se trata de un mandato no responsable, en el sentido de que la única sanción del representante, caso de defraudar la confianza de los electores, es su no reelección, sin resultar posible, en consecuencia, su revocación. Con el mandato libre y no responsable se pretendía que los gobernantes conservasen en sus decisiones cierta independencia frente a la voluntad de los gobernados.

c') La democracia actual de partidos

El esquema teórico de la representación política forjado a finales del siglo XVIII se ve alterado en sus bases y presupuestos por la implantación del sufragio universal y la aparición de los partidos políticos de masas. Es un lugar común de la doctrina considerar, como afirma HOLGADO GONZÁLEZ, que "los partidos políticos son un elemento esencial de la

(16) Sobre la teoría liberal de la representación puede verse FERNÁNDEZ SARASOLA, I., "Representación, mandato y racionalidad en el pensamiento liberal" y la bibliografía que allí se cita. *Debates Constitucionales (Revista Electrónica de la Red DERECONS)*, núm. 1, 1999. Puede consultarse en el sitio de internet: *http://constitucion.rediris.es/revista/dc/dc/uno/Sarasola.html* (visitado por última vez el día 12 de mayo de 2004).

(17) Como explica FERNÁNDEZ SARASOLA, es el concepto de "voluntad general", el que se encuentra detrás del rechazo por los liberales de los intereses corporativos, pues, según ellos "el representante era llamado para manifestar la voluntad de toda la Nación y no la del grupo social al que pertenecía"; de este modo, se lograba romper con el Antiguo Régimen y frenar los planteamientos democráticos a que, en puridad, podían conducir las teorías de Rousseau. "Representación...", cit., pág. 2.

(18) El texto, quizás, más significativo sobre el mandato libre es el célebre "Discurso a los electores de Bristol", de Burke, el 3 de noviembre de 1774, en el que después de expresar que la Cámara es una asamblea de representantes de la Nación, no de intereses contrapuestos, y que cada diputado representa o ha de representar a la Nación con absoluta libertad e independencia, sin recibir instrucciones de los electores, declara "Elegís un diputado, pero cuando le habéis escogido, no es el diputado por Bristol, sino un miembro del Parlamento", BURKE, E., "Discurso a los electores de Bristol", en *Textos Políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

democracia. No hay democracia sin partidos. Esto es algo que se ha repetido hasta la saciedad desde que KELSEN lo defendiera rotundamente en tiempos en los que los partidos ni siquiera estaban constitucionalizados"[19].

Si durante la vigencia del estado liberal, la relación representativa se daba exclusivamente, entre representante y representado, siendo el primero el protagonista de dicha relación, a partir del llamado por GARCÍA PELAYO Estado de partidos[20], éstos no sólo se convierten en el centro del proceso político, sino que provocan un cortocircuito en la relación representativa. Al situarse entre los representantes y los representados, la única relación existente hasta entonces entre ambos se desdobla, arrojando como resultado una doble relación: una, entre representados (electores) y el partido, y otra, entre el partido y los representantes. Hoy, es esta última –afirma GARRORENA MORALES– la auténtica relación representativa[21].

Los partidos políticos, en efecto, son los auténticos y casi exclusivos protagonistas del proceso electoral. Son ellos quienes designan a los candidatos y determinan el orden de su colocación en las listas cerradas y bloqueadas, sobre las que se deben pronunciar los electores. Son ellos, asimismo, los que formulan el programa electoral y quienes proporcionan a los candidatos los medios que hacen posible su elección.

Lo que lo ciudadanos eligen en la práctica, no son unos candidatos que, en la mayoría de los casos ni siquiera conocen, sino unas siglas, un partido y un programa político electoral, que, por constituir un verdadero compromiso con el electorado, ha venido a sustituir u ocupar el lugar de los Cuadernos de Instrucciones del mandato imperativo medieval. Una opinión discrepante con el anterior aserto es la de RUBIO LLORENTE, según el cual "no es verdad que sea siempre el partido y no el nombre del candidato el que determina el voto del elector, ni es verdad que todos los electores identifiquen el partido con una organización de tipo eclesiástico o militar cuya voluntad válida sea siempre la que expresan sus dirigentes, sea cual sea el contenido de la misma"[22].

Y la condición que los partidos tienen de ser principal actor político no acaba con la elección de los representantes. Por el contrario, se prolonga a través de los Grupos parlamentarios –expresión intraparlamentaria de los partidos– o municipales, según se trate de Asambleas legislativas o Ayuntamientos. La férrea disciplina de los partidos y los condicionamientos que ejercen sobre los representantes a la hora de las votaciones, por citar sólo algunas circunstancias, constituyen claras manifestaciones del hecho de la vinculación y

(19) HOLGADO GONZÁLEZ, M., "Consideraciones sobre la necesidad de revisar el papel de los partidos políticos en la democracia actual", Comunicación presentada al *VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Mesa "Partidos políticos y Sistema electoral", pág. 1. Puede consultarse en el sitio de internet: *http://www.us.es/cidc/Ponencias/electoral/MaríaHolgado.pdf* (Visitado por última vez el día 12 de mayo de 2004).

(20) GARCÍA PELAYO, M., *El Estado de partidos*, Alianza editorial, Madrid, 1986.

(21) GARRORENA MORALES, A., *Representación política y Constitución democrática (Hacia una revisión crítica de la teoría de la representación)*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 57 y ss., en las que expone la evolución operada en la representación política desde el Estado liberal al Estado democrático de partidos.

(22) RUBIO LLORENTE, F., "Los tránsfugas...", cit.

sometimiento real de los parlamentarios a las instrucciones dadas por las organizaciones a que pertenecen.

Se habla por ello de la existencia del mandato ideológico, del mandato del partido o del pseudomandato imperativo del partido, para demandar que la titularidad del escaño no sea patrimonio exclusivo del representante.

b) La representación política en la Constitución

Aunque, desde la perspectiva de la representación política, se acaban de apuntar algunas de las notables diferencias entre el Estado liberal y el actual Estado de partidos, conviene ahora insistir en ellas. El Estado liberal es una etapa histórica presidida por una mentalidad individualista, en la que no cabe hablar de la existencia de partidos en sentido estricto, donde el sufragio censitario sólo permite la representación de los intereses de la clase burguesa y en la que los ciudadanos eligen a sus representantes atendiendo, básicamente, a sus cualidades personales. Se trata, asimismo, de una época en la que el Estado, separado de la sociedad, se rige por el principio *laissez faire, laissez passer*, de modo que sus inmisiones en la vida social y económica son mínimas.

En la sociedad actual, sin embargo, los partidos dominan la vida política, el sufragio universal y el sistema electoral proporcional permiten la representación de los intereses sociales, los programas electorales con los que los partidos concurren a las elecciones son el principal reclamo de los electores y constituyen un auténtico compromiso político y el Estado, antaño liberal y abstencionista, se ha convertido en un Estado social que está, no ya facultado, sino obligado a intervenir en la vida social y económica, para conseguir unos objetivos de libertad, igualdad y justicia material.

Pero, a pesar de que el contexto social y político del Estado liberal difiere radicalmente del que hoy es propio del Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución, ésta sigue apegada en buena medida a los principios o caracteres de la representación política clásica, sigue anclada en el mandato representativo. Es verdad que los partidos políticos y sus funciones se encuentran constitucionalizados al disponer el artículo 6 de la Carta Magna que "los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental de la participación política (...)". Y lo es también que la importancia de esa función instrumental de la participación política puede verse, incluso, incrementada en la medida que el derecho fundamental de los ciudadanos a la participación política (artículo 23.2 CE), fuera de los anecdóticos casos en que se realiza de forma directa, tiene lugar por medio de representantes y, por tanto, con el protagonismo esencial de los partidos. Pero no es menos cierto que otros preceptos constitucionales dan acogida a características del modelo de representación clásica, como el artículo 1.2 (soberanía nacional), el artículo 66.1 (representación del pueblo español por las Cortes Generales), el artículo 71 (prerrogativas parlamentarias), el artículo 79.3 (indelegabilidad del voto de senadores y diputados), pero, sobre todo, el artículo 67.2, que recoge la prohibición del mandato imperativo.

La contradicción entre realidad política y jurídica que, de alguna manera existe también en la propia Constitución, se ha querido resolver por los autores mediante el recurso a interpretaciones diversas. Jorge DE ESTEBAN, guiado por el dato de que, "aunque el elegido es formalmente una persona, de hecho a quien se ha elegido es a un partido" y en atención a que el programa electoral equivale, en cierto sentido, a los cuadernos de instrucciones, postula dar reconocimiento jurídico a la vigencia social y política del "mandato ideológico", como nueva versión del mandato imperativo[23]. La prohibición del mandato imperativo del artículo 67.2 CE sería para él una fórmula vacía, mero arrastre del pasado.

Menos radical, BASTIDA FREIJEDO, a partir de las funciones que cumplen los partidos y del papel que juegan en la relación representativa, defiende una concepción funcional de la representación, de modo que, según este autor, "el artículo 23 CE no proclama el derecho liberal a ser representado, sino el derecho democrático a participar a través de representantes libremente elegidos. Desde esta perspectiva democrática –señala– la representación contiene no sólo la presunción de que "el representante representa a la colectividad", sino también la exigencia de que "el representante dé efectividad durante su mandato al derecho de participación de los ciudadanos", con lo que la representación se manifiesta como "una institución y un proceso al servicio de la representatividad prefigurada en la oferta electoral de los grupos políticos y seleccionada por los electores con su sufragio" [24]. En análogo sentido hermenéutico se sitúa CAAMAÑO[25], para quien la representación política debe ser concebida desde la óptica de los derechos fundamentales, particularmente, del consagrado en el artículo 23.2 CE, en cuyo mayor valor, y no en la prohibición del mandato imperativo, descansa la autonomía política del representante.

EL ESTADO ACTUAL ESTÁ OBLIGADO A INTERVENIR EN LA VIDA SOCIAL Y ECONÓMICA PARA CONSEGUIR UNOS OBJETIVOS DE LIBERTAD, IGUALDAD Y JUSTICIA MATERIAL

En la misma línea de pensamiento, más recientemente, PRESNO LINERA, defiende dar un sentido diferente a la prohibición del mandato imperativo. Según este autor, "la mencionada prohibición sólo puede tener un sentido funcional; no hay sometimiento a ningún tipo de mandato porque el representante

(23) DE ESTEBAN, J., "El fenómeno español...", cit., pág. 21.

(24) BASTIDA FREIJEDO, F.J., "Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos (Comentario sobre la idea de representación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)", *REDC*, núm. 21, 1987, págs. 212-213 y 219-224.

(25) CAAMAÑO, F., "Mandato parlamentario y derechos fundamentales (Notas para una teoría de la representación 'constitucionalmente adecuada')", *REDC*, núm. 36, 1992, págs. 144-149, especialmente.

se debe únicamente a la representatividad que porta y que se configura en las urnas (...) en el cuerpo electoral. (...) La titularidad de un cargo público representativo constituye una habilitación normativa para la expresión de la representatividad conferida por los electores, con lo que los representantes no son los dueños de esa representatividad, sino que los titulares del cargo son, más bien, un instrumento al servicio de la realización de la misma" [26].

De lo que se trata, en fin, es de cohonestar el moderno Estado de partidos con los principios consagrados en los artículos 66.1 y 67.2 CE, objetivo que, si no puede conseguirse manteniendo a cal y canto el mito del mandato representativo general, libre e incondicionado, con olvido de los partidos y de la función constitucional que cumplen, tampoco resulta viable si se ignoran aquellos principios constitucionales.

c) La jurisprudencia del TC

No deja de ser curioso que el concepto de representación política elaborado por el Tribunal Constitucional arranque de un pronunciamiento en el que se enjuiciaba un precepto que venía a instaurar en el ámbito local el llamado mandato de partido. Se trataba del artículo 11.7 de la Ley 39/1978, de 17 de julio, de Elecciones Locales –hoy derogada– en el que se disponía: "Tratándose de listas que representen a Partidos, Federaciones o Coaliciones de Partidos, si alguno de los candidatos electos dejara de pertenecer al Partido que lo presentó, cesará en su cargo (...)".

Puede ser conveniente recordar ahora, a propósito del citado precepto, que, no sólo fue denunciado por un importante sector doctrinal como inútil y eventualmente inconstitucional, sino que también se creó un estado de opinión tendente a rectificar el criterio seguido por la Ley en este aspecto como consecuencia de la aplicación que hicieron de él los partidos políticos. Aunque de forma velada, lo que hacía el artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales de 1978, era poner en entredicho la prohibición del mandato imperativo, establecida en el artículo 67.2 CE, el máximo intérprete de la Constitución, en STC 5/1983, de 4 de febrero, toma como criterio hermenéutico una interpretación sistemática del artículo 23.2 CE y sanciona la tesis, ya formulada por el Tribunal Supremo, de que "el derecho a acceder a los cargos públicos comprende también el derecho a permanecer en los mismos porque, de otro modo, el derecho fundamental quedaría vacío de contenido"; sin embargo, "el derecho a permanecer en condiciones de igualdad, con los requisitos que señalen las leyes, será susceptible de amparo en la medida que las leyes establezcan una causa de remoción que viole un derecho fundamental diferente, dentro de los comprendidos en el ámbito del recurso, o no se ajuste a las condiciones de igualdad que preceptúa el propio artículo 23.2" (FJ 3º).

A partir de esta premisa, el Tribunal Constitucional afirma que se debe considerar derogado por la Constitución el artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales por dos moti-

(26) PRESNO LINERA, M.A., "La prohibición del mandato...", cit., págs. 2 y 3.

vos. En primer lugar, por resultar contrario al derecho a permanecer en el cargo público consagrado en el artículo 23.2 CE, al prever una causa de extinción o cese contraria a un derecho fundamental susceptible de amparo como es el regulado en el artículo 23.1 CE. El derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas, evidencia para el Tribunal Constitucional que "los representantes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar y que la permanencia de los representantes depende de la voluntad de los electores, que la expresan a través de elecciones periódicas, como es propio de un Estado democrático de Derecho y no de la voluntad del partido político". Sin perjuicio de reconocer, no obstante, el importante papel que desempeñan dichos partidos en el Estado que instaura la Constitución, el Alto Tribunal declara que "el derecho a participar corresponde a los ciudadanos y no a los partidos, los representantes elegidos lo son de los ciudadanos y no de los partidos y la permanencia en el cargo no puede depender de la voluntad de los partidos, sino de la expresada por los electores a través del sufragio expresado en las elecciones periódicas" (FJ 4º).

Debe destacarse que esta sentencia fue acompañada de un voto particular formulado por tres magistrados en el que se defendía la constitucionalidad del precepto enjuiciado, por entender que el artículo 23 CE no ofrecía base suficiente para que un representante (un concejal, en este caso) alegue como propio un derecho fundamental reconocido explícitamente para los electores.

En la segunda ocasión que se le brinda para abordar el mismo problema, el Tribunal Constitucional, mediante Sentencia 10/1983, de 21 de febrero, ahondará en las notas esenciales del concepto de representación política y, después de reiterar que el derecho a participar en los asuntos públicos, mediante representantes libremente elegidos, es un derecho que corresponde a cada ciudadano, añade que "la vulneración que resulta del hecho de privar al representante de su función les afecta, sin embargo, a todos simultáneamente y es también una vulneración del derecho del representante a ejercer la función que le es propia (...) Lo propio de la representación, de cualquier modo que ésta se construya, tanto basada en el mandato libre como en el mandato imperativo, es el establecimiento de la presunción de que la voluntad del representante es la voluntad de los representados, en razón de la cual son imputados a éstos en su conjunto y no sólo a quienes votaron en su favor o formaron la mayoría, los actos de aquél. El desconocimiento o la ruptura de esa relación de imputación destruye la naturaleza misma de la institución representativa y vulnera, en consecuencia, un derecho fundamental de todos y cada uno de los sujetos que son parte de ella" (FJº 2º).

También se acompaña a esta sentencia un voto particular cuya argumentación descansa, básicamente, en la consideración de que cada concejal no representa a todos y cada uno de los vecinos, sino que es el conjunto de los concejales el que representa al conjunto de los vecinos. El derecho fundamental de participación política es para los magistrados discrepantes un derecho de los ciudadanos, en este caso, de los vecinos y, por tanto, sólo a éstos corresponden acciones en amparo *uti singuli* cuando lo consideren violado.

La importancia de estas sentencias y otras dictadas con ocasión del mismo supuesto[27], radica, como ha señalado NAVARRO MÉNDEZ, en "haber puesto freno, quizás de forma excesivamente indiscriminada, a una determinada interpretación del mandato representativo"[28].

Esta preeminencia de los representantes con relación a los partidos en la configuración de la relación representativa no ha impedido, sin embargo, que el Tribunal Constitucional reconozca el importante rol que desempeñan y la relevancia jurídica (y no sólo fáctica) de la adscripción política de los representantes. La STC 32/1985, de 6 de marzo, declara: "Es claro, en efecto, que la inclusión del pluralismo político como un valor jurídico fundamental (artículo 1.1 CE) y la consagración constitucional de los partidos políticos como expresión de tal pluralismo, cauces para la formación y manifestación de la voluntad popular e instrumentos fundamentales para la participación política de los ciudadanos (artículo 6), dotan de relevancia jurídica (y no sólo política) a la adscripción política de los representantes y hacen que, en consecuencia, esa adscripción no puede ser ignorada ni por las normas infraconstitucionales que regulan la estructura interna del órgano en que tales representantes se integran, ni por el órgano mismo en las decisiones que adopte en el ejercicio de las facultades de organización que es consecuencia de su autonomía" (FJ 2º).

La anterior declaración se ve reiterada y en cierta medida enriquecida en las SSTC 119/1990, de 21 de junio y 31/1993, de 26 de enero. En la primera se llega afirmar, incluso, que "el mandato que cada uno de ellos (los diputados) ha obtenido es producto de la voluntad de quienes le eligieron, determinada por la exposición de un programa político jurídicamente lícito (...). La fidelidad a este compromiso político (...) no puede ser desconocida ni obstaculizada" (FJ 7º)[29].

Y en la segunda, ante un supuesto de abandono voluntario del cabeza de lista de un partido por el que fue elegido, para integrarse en el Grupo Mixto, después de señalar que "el supuesto de baja voluntaria en el partido no ha sido directamente examinado por este Tribunal en anteriores sentencias, las cuales se referían a casos de expulsión del partido", añade: "aunque la personalidad de quien figure como cabeza de lista haya podido tener alguna relevancia en el momento de la elección popular, jurídicamente, y por la configuración de nuestro sistema electoral, los votos de los ciudadanos en las elecciones municipales son a listas presentadas por los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, sin que sea posible determinar dentro de cada lista qué candidato ha recibido más votos (...) Como ha declarado la STC 75/1985, en un sistema de lista como

(27) Se trata de las SSTC 16/1983, de 10 de marzo; 20/1983, de 15 de marzo; 28/1983, de 21 de abril; 29/1983, de 26 de abril y 30/1983, de 26 de abril. En todas ellas, por cierto, salvo en la STC 28/1983, persiste el voto particular fundado en los mismos argumentos y por los mismos magistrados que ya lo habían formulado en las SSTC 5 y 10/1983.

(28) NAVARRO MÉNDEZ, J.I., "Patología del transfuguismo político: grandes males, pero ¿buenos remedios? (A propósito de la regulación del estatuto de los diputados 'no adscritos' contenida en la reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura, de 29 de marzo de 1999)", *RCG*, núm. 49, 2000, pág. 35.

(29) Alusión semejante se contiene en la STC 136/1999, de 20 de julio, al declarar que los derechos reconocidos en el artículo 23 CE ponen "a disposición de los ciudadanos en general y de los electores en particular una pluralidad de opciones políticas para que puedan formar sus propias opiniones y, en el momento electoral, para que puedan elegir libremente los programas más adecuados" (FJ 14º).

el vigente en nuestro ordenamiento electoral, no cabe hablar de votos recibidos por candidatos singularmente considerados" (FJ 3º).

Más recientemente, la STC 64/2002, de 11 de marzo, después de reconocer que sólo un análisis sociológico puede llegar a determinar en cada caso la decisión del elector (teóricamente, la ideología del partido, las seductoras propuestas contenidas en el programa electoral o la personalidad de los candidatos), vuelve a insistir en ideas contenidas en anteriores pronunciamientos. Así, en primer lugar, que "de acuerdo con la Constitución es inequívoco que la elección de los ciudadanos recae sobre personas determinadas y no sobre partidos o asociaciones que las proponen al electorado (...) La elección es, pues, de personas (...) y cualquier otra concepción pugna con la Constitución y con la misma dignidad de la posición de electores y elegibles, porque ni los primeros prestan, al votar, una adhesión incondicional a determinadas siglas partidarias, ni los segundos pierden su individualidad al recabar el voto desde el partido" (FJ 5º). Y, en segundo término, que del hecho de que "la elección de los ciudadanos recae sobre personas determinadas y no sobre partidos o asociaciones que las proponen como candidatos al electorado, no puede deducirse (...) que en un sistema de listas cerradas y bloqueadas (...) los votos son recibidos por los candidatos y deben imputárseles individualmente a éstos (...), en un sistema tal no cabe hablar de votos recibidos por candidatos singularmente considerados, sino en relación a éstos, de cocientes, que no son votos efectivamente obtenidos, sino más bien resultados convencionales (...)" (FJ 5º).

QUIEN RESULTA ELECTO NO ES LA CANDIDATURA O EL PARTIDO QUE LA PROMUEVE SINO LAS CONCRETAS PERSONAS QUE LA INTEGRAN Y SÓLO ELLAS

Este repaso a la jurisprudencia constitucional nos permite concluir que los partidos constituyen una instancia ajena a la relación jurídico-representativa, aunque ayuden sobremanera a configurarla. Es cierto que se vota a candidaturas presentadas por los partidos, pero quien resulta electo no es la candidatura o el partido que la promueve, sino las concretas personas que la integran y sólo ellas. Como reconoce RUBIO LLORENTE, "aunque a lo largo de los años el Tribunal Constitucional ha ido matizando esta doctrina, que desde el comienzo hizo suya, para atribuir relevancia jurídica y no sólo política a la adscripción de los representantes a partidos políticos diversos, y los reglamentos de los órganos representativos, legislativos o municipales, han reforzado el control de los partidos sobre los representantes individuales, el núcleo de la concepción clásica ha permanecido intocado. La relación representativa une directamente a cada representante con el conjunto representado y la función de los

partidos (...) no los convierte en representantes; no les da formalmente poder alguno sobre quienes efectivamente lo son, ni, de otro lado, hace depender la condición de éstos de las peripecias que se produzcan en la vida del partido que presentó sus candidaturas"[30].

C) Respuestas frente al transfuguismo

La preocupación por los perniciosos efectos que causa el transfuguismo, a los que ya se ha hecho referencia, y la necesidad de encontrar vías para atajarlos ha estado presente desde que el Tribunal Constitucional diera acogida, en los términos que también se han examinado, a una concepción de la representación política conforme al modelo clásico. No obstante, la resonancia mediática del caso de transfuguismo protagonizado por dos miembros del PSOE en la Asamblea de Madrid en el verano de 2003 y la gravedad de tener que celebrar nuevos comicios, reavivó, como pocas veces ha ocurrido, el debate sobre las alternativas que se ofrecen para poner remedio a la citada patología.

Una de las alternativas que ha ofrecido parte de la doctrina es la pérdida del cargo. Esta medida, la más radical de todas, es la ofrecida por BLANCO VALDÉS, según el cual podrían incluirse "dentro del ámbito material de la incompatibilidad sobrevenida, los supuestos de abandono, bien del partido, bien del grupo parlamentario –tanto del abandono voluntario como del derivado de una expulsión– por parte del representante elegido"[31]. Recientemente, con motivo del caso de transfuguismo habido en la Asamblea de Madrid, ha postulado anudar la pérdida del cargo representativo a una declaración de indignidad política realizada, mediante mayoría reforzada, por el órgano parlamentario, al que pertenece el representante[32]. Como ha señalado HOLGADO GONZÁLEZ, a propósito de esta medida, "se trata de evitar que ciertos individuos se escuden en la ficción del mandato representativo alterando la representación de la voluntad popular y, asimismo, para minimizar el riesgo de abuso por el partido, implicar al resto de formaciones políticas en tal decisión"[33].

Sobre la base del mandato ideológico o de partido, bajo cuya concepción se formula esta propuesta, también es defendida ésta por CHUECA RODRÍGUEZ[34] y Jorge DE ESTEBAN[35], aunque limitando su aplicación a los casos de abandono voluntario.

(30) RUBIO LLORENTE, F., "Vernos como somos", *El País*, 21 de junio de 2003.

(31) BLANCO VALDÉS, R.L., *Los partidos políticos*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 55 y "Transfuguismo y democracia en la Comunidad de Madrid", *Claves de la Razón Práctica*, núm. 135, 2003, pág. 47.

(32) BLANCO VALDÉS, R.L., "Transfuguismo y democracia...", cit., pág. 50.

(33) HOLGADO GONZÁLEZ, M., "Consideraciones sobre la necesidad de revisar el papel de los partidos...", cit., pág. 17.

(34) CHUECA RODRÍGUEZ, R., "La representación como posibilidad en el Estado de partidos (Mandato libre vs. Mandato de partido)", *RDP*, núm. 27 y 28, 1988, pág. 43.

(35) Según este autor, lo procedente sería revisar la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para incluir en ella un precepto en el que se estableciese que "todo elegido en la lista de un partido o coalición perdería su cargo por el hecho de cesar voluntariamente en el mismo", previsión con la que no sólo se respetaría la jurisprudencia constitucional, que sólo contempla el supuesto de expulsión, sino que se evitaría que los partidos privaran de la condición de parlamentario o concejal a alguno de sus miembros, según sus conveniencias. "El fenómeno español...", cit. pág. 31.

En parecidos términos se manifiesta BASTIDA FREIJEDO, para quien, dadas las funciones que el ordenamiento atribuye a los partidos políticos, "no parece constitucionalmente ilegítimo ni políticamente descabellado que aquél prevea, en los casos y con los requisitos y garantías necesarios, como una causa más de incompatibilidad (sobrevenida) el supuesto de abandono del partido por el representante, incluido el caso de expulsión", aunque como la incompatibilidad descansa en la finalidad democrática de garantizar la lealtad del representante a los electores, no sería constitucionalmente legítimo disponer el cese automático sin ajustarse a específicos requisitos legales. En concreto, y en primer lugar, que la decisión de cese, democráticamente adoptada se dirija a restaurar la representatividad supuestamente perdida, exigiendo, por ejemplo, que el cese estuviese vinculado a una actuación del cesado como titular del cargo representativo y no como militante. En segundo término, que dicha actuación se contraste con puntos específicos e importantes del programa electoral, para verificar si éste se ha incumplido. Finalmente, en caso de expulsión, la decisión debe adoptarse por un órgano especial del partido, distinto del de la disciplina interna, por mayoría cualificada y cuyo ámbito territorial coincida con el del órgano representativo al que pertenezca el representante. De esta propuesta quedan excluidos, no obstante, los parlamentarios, únicos representantes, según BASTIDA FREIJEDO, que no están sujetos a mandato imperativo ni son revocables[36].

Para sortear las dificultades derivadas de la jurisprudencia constitucional que ya nos es conocida, y ahondando en la lógica de algunos de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, Caamaño se aparta de los planteamientos anteriores al considerar jurídicamente posible la imputación del voto del electorado a la lista electoral en sí misma considerada "Sería jurídicamente factible –afirma– que la ley electoral dispusiese que cuando parlamentarios elegidos por una misma lista electoral se apartasen políticamente y de forma inequívoca de la voluntad mayoritaria de los integrantes de la misma, pudiesen, tras ser oídos, ser cesados y sustituidos por los siguientes candidatos en orden de colocación"[37].

Como se ve, en todos los casos se trata de acercar la realidad jurídica a la realidad política, introduciendo modificaciones en aquélla hasta donde permite la Constitución y la jurisprudencia constitucional. Sin caer en el mandato de partido se pretende superar el mandato representativo. Espoleado, sin duda, también por el caso de la Asamblea de Madrid, se ha sumado también a este quehacer el propio RUBIO LLORENTE, quien resignadamente ha declarado: "Este esfuerzo por lograr que la estructura real de la representación se acomode a su idea, liberándola del abrazo asfixiante de los partidos, al que yo mismo me he sentido obligado como profesor y como juez, me parece ya hoy, sin embargo, ilusorio y vano (...) Es inútil seguir luchando por ajustar la realidad a una idea que no tiene soporte alguno en la conciencia social; que no es creencia, sino puro diseño teórico. El esfuerzo debe ir dirigido, por el contrario, a conseguir que la regulación de las instituciones representativas se acomode a la imagen que los ciudadanos tienen efectivamente de ellas (...) Para decirlo sin pedanterías académicas: considerar que la pertenencia del representante a un partido político determinado (o, al menos, la inclusión en las candidaturas propuestas

(36) BASTIDA FREIJEDO, F.J., "El derecho de participación...", cit., págs. 216-219.

(37) CAAMAÑO, F., "El escaño de Tamayo y la democracia de mesa camilla", *El País*, 17 de julio de 2003.

de un partido) es, cuando existe, el componente decisivo de la relación representativa y, en consecuencia, no debilitar la dependencia del representante respecto del partido, sino, por el contrario, hacerla aún mayor"[38].

IV. CONTENIDO DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 73.3 LBRL

En la redacción primitiva de la LBRL no se regulaban los grupos políticos, aunque se reconocía implícitamente su existencia a través de la alusión que hacía a ellos en los artículos 20.3, 32.3 y 116. Los dos primeros para establecer como derecho de todos los grupos integrantes de la Corporación –Ayuntamiento o Diputación– el de participar, mediante la presencia de corporativos –Concejales o Diputados– pertenecientes a los mismos en los órganos complementarios de aquella que tengan por función el estudio, informe o consulta de los asuntos que hayan de ser sometidos a la decisión del Pleno. Y el último, para imponer que la Comisión Especial de Cuentas estuviera integrada por miembros de los distintos grupos políticos. Se imponía, en suma, la participación de los grupos políticos tanto en las denominadas Comisiones Informativas, en general –entonces de existencia facultativa para la LBRL– como en la especial de Cuentas, de carácter obligatorio.

Esta pobreza, casi anomia, regulatoria de los grupos municipales a nivel legal fue inicialmente suplida con el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, en cuyos artículos 23 a 29 se contiene una disciplina básica sobre los grupos. Será, después de catorce años, la Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y otras medidas para el desarrollo del Gobierno Local en materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial y en materia de Aguas, la que formaliza la importancia de los grupos políticos en el funcionamiento de las Corporaciones locales, mediante la adición de un apartado 3 al artículo 73 LBRL, del siguiente tenor:

> "A efectos de su actuación corporativa, los miembros de las Corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los derechos y obligaciones que se establezcan.
>
> El Pleno de la Corporación, con cargo a los Presupuestos anuales de la misma, podrá asignar a los grupos políticos una dotación económica que deberá contar con un componente fijo, idéntico para todos los grupos, y otro variable, en función del número de miembros de cada uno de ellos, dentro de los límites que, en su caso, se establezcan con carácter general en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, y sin que puedan destinarse al pago de remuneraciones de personal de cualquier tipo al servicio de la Corporación o a la adquisición de bienes que puedan constituir activos fijos de carácter patrimonial.

(38) RUBIO LLORENTE, F., "Vernos como somos", *El País*, 21 de junio de 2003.

> Los grupos políticos deberán llevar una contabilidad específica de la dotación a que se refiere el párrafo anterior, que pondrán a disposición del Pleno de la Corporación siempre que éste lo pida."

El reforzamiento de los grupos se hace, asimismo, patente, en primer lugar, con la reforma que la citada Ley 11/1999 hace del artículo 46 LBRL, para garantizar su presencia efectiva en la parte de los Plenos dedicada al control de los órganos de gobierno, de modo que la participación de todos ellos esté asegurada en la formación de ruegos, preguntas y mociones y, en segundo término, con la modificación del artículo 197 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) que lleva a cabo la Ley Orgánica 8/1999, de 21 de abril, al dejar reconocido a los grupos políticos en el apartado e) de dicho precepto su derecho a participar en las sesiones donde se debata una moción de censura.

La Ley básica de régimen local, después de su reforma por la Ley 11/1999, se limita, por tanto, a imponer la constitución de los grupos políticos, elevando el rango normativo de una obligación establecida hasta entonces en el artículo 23 ROF, disposición esta que, por su carácter reglamentario, carece, según MORELL OCAÑA[39], del nivel jerárquico necesario para imponer al corporativo –representante– un deber de tal naturaleza. La regulación de los grupos queda, en consecuencia, confiada en buena medida a la ley autonómica, que es la norma llamada a tener el verdadero protagonismo en esta materia.

LOS TRÁNSFUGAS Y LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS SON LOS QUE ABANDONAN LA FORMACIÓN POLÍTICA AUNQUE SEAN LA MAYORÍA DE SUS PRIMITIVOS INTEGRANTES

Este planteamiento de la LBRL no se ve alterado con la Ley 57/2003, pues, sólo introduce una excepción en el derecho-deber de los corporativos de integrarse en un grupo, además de incorporar la prohibición de que cuantos se encuentren en el ámbito de dicha excepción, puedan obtener o conseguir beneficios económicos y políticos superiores a los que les hubiesen correspondido de no encontrarse incluidos en el indicado ámbito.

El artículo 73.3 LBRL, después de su reforma por la Ley 57/2003, mantiene en el primer párrafo la previsión introducida por la Ley 11/1999 de que "A efectos de su actuación corporativa, los miembros de las Corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los

(39) MORELL OCAÑA, L., *El régimen local español*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 517.

derechos y obligaciones que se establezcan", pero a continuación, y ésta es la novedad que se adiciona, establece: "con excepción de aquellos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos".

Mantiene también el artículo 73.3 LBRL, en su párrafo segundo, la eventual dotación económica que con cargo a los Presupuestos anuales de la Corporación, puede el Pleno de ésta asignar a los grupos políticos (con respeto, en todo caso, a los límites y criterios de distribución que señala) y, asimismo, la obligación de éstos de llevar una contabilidad específica de su dotación, ahora recogida en el párrafo quinto. Pero, en un nuevo párrafo, ahora el tercero, se incluye la, en apariencia enigmática, regla de que "Los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia y se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada Corporación".

Más adelante se volverá sobre el alcance y límites de este dique normativo a los derechos políticos y económicos de los miembros "no adscritos". Lo que importa resaltar en estos momentos es que, conforme al párrafo cuarto, ese dique "no será de aplicación en el caso de candidaturas presentadas como coalición electoral, cuando alguno de los partidos políticos que la integran decida abandonarla".

La última novedad, recogida en el ahora sexto y último párrafo del artículo 73.3 LBRL, persigue aclarar quién tiene la condición de "no adscrito" "cuando la mayoría de los concejales de un grupo político municipal abandonen la formación política que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones o sean expulsados de la misma". Según el artículo reformado, "serán los concejales que permanezcan en la citada formación política los legítimos integrantes de dicho grupo políticos a todos los efectos". Dicho de otro modo, los tránsfugas y, por tanto, los no adscritos son los que abandonan el grupo, aunque sean la mayoría de sus primitivos integrantes. El supuesto responde al caso sobre el que hubo de pronunciarse la STC 31/1993, de 26 de enero.

El significado que, en definitiva, tiene la modificación del artículo 73.3 LBRL por la Ley 57/2003 es que se trata de una positivación, a nivel de legislación básica, de un compromiso asumido por las fuerzas políticas firmantes del Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las Corporaciones locales, al que ya se ha hecho alusión. Si antes de la reforma, el régimen de los grupos era una materia que pertenecía al ámbito de configuración de la ley autonómica, después de aquélla, ésta ha visto reducida esa capacidad de configuración.

A) Régimen de los grupos políticos

Al margen de cuál pueda ser la naturaleza de los grupos políticos[40], lo cierto es que éstos se insertan claramente en el ámbito organizativo de la Corporación, para el que la STC 214/1989, de 21 de diciembre, ha declarado como orden de prelación de fuentes la LBRL, la legislación de desarrollo de las Comunidades Autónomas y los reglamentos orgánicos de las Corporaciones, fruto de su potestad de autoorganización y manifestación más genuina de la autonomía que les reconoce y garantiza la propia Constitución en sus artículos 137, 140 y 141. El artículo 20.2 y 3 para los municipios y el artículo 32.3 para las Diputaciones, ambos de la LBRL, recogen el indicado orden de preferencia para la aplicación de las normas reguladoras de los grupos políticos. Sólo en defecto de legislación autonómica y reglamentación propia local entra en juego el ROF.

A pesar de que la obligación que tienen todos los miembros de las Corporaciones locales de constituirse en grupos es una obligación establecida en la LBRL y, por tanto, de carácter básico, las leyes de régimen local de algunas Comunidades Autónomas eliminan esa obligatoriedad, al contemplar la constitución en grupos de un modo facultativo en ciertos supuestos. Es el caso, por ejemplo, del Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2003, de 25 de abril, en cuyo artículo 50.1 se deja libertad para constituirse en grupos cuando se trate de municipios con población inferior a 20.000 habitantes. Para la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, la constitución en grupos "sólo será obligada en los municipios de más de 5.000 habitantes y en las provincias" (artículo 111.1), facultando al Pleno de la Corporación para acordar su creación en los restantes supuestos. La Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de Murcia también los configura con un carácter potestativo, en la medida que atribuye al reglamento orgánico la determinación de si deben establecerse o no grupos.

La elevada cifra de municipios cuyo Ayuntamiento sólo cuenta con un reducido número de concejales evidencia el poco realismo de la LBRL al proyectar la obligación de constituir los grupos políticos sobre todos los municipios, con independencia de su población, cuando el funcionamiento mediante grupos carece de sentido en aquellos Ayuntamientos integrados por cinco o siete concejales. Sin embargo, no cabe duda que las leyes autonómicas citadas anteriormente se apartan del común denominador normativo que representa la obligación sin excepciones de constituir grupos establecida en la LBRL.

Más allá de esta obligatoriedad, la LBRL y el ROF guardan silencio acerca de si es necesario un número mínimo de corporativos para constituir grupos[41] o si éstos deben guardar correspondencia con la lista electoral desde la que resultaron elegidos aquéllos.

(40) Sobre el régimen de los grupos políticos locales, en general, puede verse BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., "Los grupos políticos en Ayuntamientos y Diputaciones", *RDP*, núm. 51, 2001, págs. 225-318.

(41) Tiene, sin duda, razón el Tribunal Supremo, cuando en sentencia de 20 de mayo de 1988 (Ar. 4194/1988), declara que "Las diferencias de población entre Municipios hace desaconsejable establecer con carácter general para todos los municipios el número mínimo de concejales necesario para formar grupo político, que impediría en muchos pequeños Ayuntamientos la formación de más de un grupo político o haría excesivamente elevado el número de los que podrían formarse en las grandes poblaciones, razón por la que el ROF (...) omitió, muy probablemente de forma deliberada, la fijación del número mínimo de concejales necesario para la formación de los grupos políticos, por entender que no debe ser uniforme para todos los Ayuntamientos" (FJ 2º).

El desarrollo que las Comunidades Autónomas han llevado a cabo sobre los requisitos y limitaciones para constituir grupos políticos presenta una relativa diversidad. Mientras en Comunidades Autónomas como Cataluña, Aragón y Madrid, sus respectivas Leyes de Régimen o Administración Local dejan libertad a las Corporaciones para determinar el número mínimo de sus miembros que juzguen necesario para constituir un grupo político, en otras Comunidades Autónomas, como Galicia, Canarias o Murcia, sí lo señalan sus leyes.

Más interés tienen para nosotros otros requisitos o limitaciones que incorporan algunas leyes autonómicas a fin de garantizar la representatividad de la que son portadores, no dueños, los representantes locales. Si el Tribunal Constitucional ha podido hablar de la relativa disociación conceptual y de la personalidad jurídica e independencia de voluntades presente entre partidos políticos y Grupos Parlamentarios, de forma que "no tienen por qué coincidir sus voluntades, aunque los segundos sean frecuentemente una lógica emanación de los primeros" (STC 36/1990, de 1 de marzo, FJ 1º), la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al rechazar la oposición del grupo político Batasuna a la ejecución de la sentencia dictada por la misma Sala el 27 de marzo de 2003, en la que se decretaba su ilegalización, ha expresado que "si bien los Grupos Parlamentarios son una realidad jurídica diferente de los Partidos Políticos, es también revelador que tales grupos carezcan de personalidad jurídica diferenciada. (...) En modo alguno cabrá oponer, por tanto, una supuesta personalidad jurídica diferenciada para rechazar que, decisiones jurisdiccionales que tienen por objeto Partidos Políticos, proyecten, adecuadamente modulados, sus efectos sobre los Grupos Parlamentarios o políticos que los representantes de tales partidos puedan haber conformado en diversas instituciones" (Auto de 20 de mayo de 2003, FJ 2º).

En este sentido, además de la generalizada prohibición de los corporativos de pertenecer simultáneamente a más de un grupo[42], las leyes de algunas Comunidades Autónomas tratan de preservar esa línea de continuidad partido político-grupo político, con formulaciones cuyas diferencias son en algunos casos inexistentes[43]. La obligación, en fin, de que todos los corporativos estén integrados en un grupo ha llevado a crear el comúnmente denominado grupo mixto, donde se integran aquellos representantes cuyo número no al-

(42) ROF (artículo 23.2); Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón (artículo 111.2); Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia (artículo 74.3); Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja (artículo 122.2) y Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid (artículo 32.2).

(43) Es lo que ocurre en las Comunidades Autónomas de Aragón, La Rioja y Galicia. En las leyes de las dos primeras se dispone que "Los grupos se corresponderán con los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones cuyas listas hayan obtenido puestos en la Corporación. No podrán formar grupo propio los pertenecientes a formaciones políticas que no se hayan presentado como tales ante el electorado" (artículo 111.2 Ley de Administración Local de Aragón y artículo 122.2 Ley de la Administración Local de La Rioja). En la última se mantiene el primer inciso de la previsión anterior, quedando sustituido el segundo por el de que "cada partido político, federación, coalición o agrupación constituirá un único grupo" (artículo 74.2 Ley de Administración Local de Galicia), fórmula esta similar a la utilizada por el artículo 50.2 del Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, según el cual "Por cada lista electoral sólo puede constituirse un grupo municipal", aunque en este último caso, esta limitación puede ser eliminada mediante acuerdo adoptado por el Pleno de la Corporación. En el caso de Madrid, su ley exige que cada concejal se integre "necesariamente en el grupo que corresponda a la candidatura por la que fue elegido" (artículo 32.2).

canza el mínimo para formar grupo propio. Tradicionalmente se han integrado también en el grupo mixto los representantes que causan baja en el grupo del que formaban parte y no se incorporan a otro, supuesto este que alude, como ya nos consta, a la figura de los tránsfugas.

Sin embargo, el deseo de mantener la representatividad de la que los representantes son portadores y eliminar aquellas prácticas que, como el transfuguismo, la quebrantan, ha llevado al legislador a crear la figura el representante –Concejal o Diputado– no adscrito.

B) Concejales no adscritos

Aunque los compromisos asumidos por las fuerzas políticas firmantes del Acuerdo del Código de conducta política en relación con el transfuguismo se limitaban al ámbito local, es obvio que su espíritu se proyectaba sobre todas las instituciones representativas: De igual modo, a pesar de que el concejal "no adscrito" es una figura cuya incorporación al régimen de los grupos políticos locales, se postula llevar a cabo mediante reformas de los reglamentos orgánicos, las leyes autonómicas, primero y la LBRL, después, han terminado por contemplar en sus textos dicha figura, y que, movidos de aquel espíritu, hayan hecho otro tanto los Reglamentos de las Asambleas Legislativas de algunas Comunidades Autónomas.

AUNQUE EL CÓDIGO DE BUENA CONDUCTA POLÍTICA EN RELACIÓN CON EL TRANSFUGUISMO SE LIMITABA AL ÁMBITO LOCAL ES OBVIO QUE SU ESPÍRITU SE PROYECTABA SOBRE TODAS LAS INSTITUCIONES REPRESENTATIVAS

El objetivo último de la creación de esta figura y del régimen que lleva anudado no es otro que el de evitar el transfuguismo o, al menos, limitar algunos de sus efectos.

a) Concepto

De acuerdo con el artículo 73.3, párrafo primero, de la LBRL, en la redacción que le ha dado la Ley 57/2003, son o tienen la consideración de "no adscritos" aquellos miembros de las Corporaciones locales que no se integren en el Grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o abandonen su grupo de procedencia.

La definición del no adscrito descansa en la idea de que representación y representatividad son conceptos distintos. La representatividad "es un valor al servicio de cuya realización se pone la representación, que, así, se configura como una técnica representativa, como un instrumento arbitrado por la Ley para

la consecución de la representatividad"[44]. De ahí que, como escribe, con indudable acierto, ARCE JANÁRIZ, en un sistema de listas cerradas y bloqueadas, "aunque la representación la detente cada electo, la representatividad la absorbe la lista sometida a votación del electorado, de modo que el abandono por el electo de la lista en la que compareció ante el electorado le acarree la pérdida de la representatividad, que permanece en la formación política de origen y que no se lleva consigo el Diputado, por más que sí conserve intacta su representación"[45]. Precisamente, por ello, el sexto y último párrafo del artículo 73.3 LBRL, incorporado por la Ley 57/2003, dispone: "Cuando la mayoría de los concejales de un grupo político municipal abandonen la formación política que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones o sean expulsados de la misma, serán los concejales que permanezcan en la citada formación política los legítimos integrantes de dicho grupo a todos los efectos". Como la representatividad está en la candidatura, en la lista, quienes la abandonan, aunque sean la mayoría de sus integrantes, no se la llevan consigo. Sólo serán portadores de ella quienes permanezcan, aunque sean minoría, incluso, sólo uno de sus miembros[46].

El párrafo cuarto del artículo 73.3 LBRL, incorporado a ésta por la Ley 57/2003, parece excluir de la condición de no adscritos a aquellos corporativos que obtuvieron su condición de electos en una candidatura presentada como coalición, cuando alguno de los partidos políticos que la integren, decida abandonarla. Decimos que parece, porque, con una ubicación poco afortunada, lo que la LBRL hace con este párrafo es declarar que a los corporativos que se encuentren en tal supuesto, les son inaplicables los límites que el párrafo anterior ha establecido para los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos.

Una interpretación ajustada a la letra llevaría a considerar que los derechos económicos y políticos de los corporativos incluidos en el supuesto contemplado en el párrafo cuarto, tienen los límites establecidos en el párrafo tercero para los no adscritos, pero no tendrían esta condición. No parece, sin embargo, que sea ésta la interpretación que deba seguirse, por incoherente y contradictoria. Ha de considerarse, en suma, que lo que el párrafo cuarto pretende es, lisa y llanamente, negar la condición de no adscritos a quienes se encuentren en el supuesto de hecho a que se refiere. Defensor de una concepción funcional del ejercicio del cargo representativo, propia de la idea sobre la que descansa la creación de la figura del no adscrito, PRESNO LINERA ha expresado que "no serían técnicamente

(44) PUNSET BLANCO, R., *Las Cortes Generales*, CEC, 1983, pág. 23.

(45) ARCE JANÁRIZ, A., "Tránsfugas y portavoces en el grupo mixto (Dictamen sobre la constitucionalidad de la regulación de la portavocía del grupo parlamentario mixto preparada por el Grupo de Trabajo para la Reforma del Reglamento de la Junta general del Principado de Asturias)", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 40, 1997, pág. 161.

(46) La STC 31/1993, de 26 de enero, conoce, precisamente, de un supuesto en el que, salvo uno de los miembros de un grupo municipal, todos los demás, incluido el cabeza de la lista que concurrió a las elecciones, lo abandonan y pasan a integrarse en el grupo mixto. Planteada la cuestión de si quien fue cabeza de lista la conserva, tras abandonar el grupo correspondiente a la lista por la que resultó electo y pasar al grupo mixto, el Tribunal Constitucional declara que "la condición de cabeza de lista ha de conectarse a una determinada lista de candidatos en un determinado proceso electoral. (...) No se trata aquí de un problema de una renuncia a la condición de cabeza de lista, sino de la pérdida de tal condición por dejar de pertenecer a la lista y grupo en que participó en las elecciones" (FJ 3º).

tránsfugas los representantes que abandonan un Grupo Parlamentario, si integran un colectivo con entidad política propia avalada democráticamente por los electores y portadora, por tanto, de una concreta representatividad"[47].

Con sistemática más correcta que la utilizada por la norma básica estatal, el artículo 50.6 del Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña establece que "Los concejales que abandonan el grupo formado por la candidatura por la que se presentaron a las elecciones locales no pueden integrarse en el grupo mixto, sino que quedan como concejales no adscritos. Este precepto no es aplicable en el caso de candidaturas presentadas con la fórmula de coalición electoral, cuando alguno de los partidos políticos que la integran decide abandonarla". Previsiones similares aparecen recogidas en las leyes de Régimen o Administración Local de algunas Comunidades Autónomas[48].

En la LBRL, por otra parte, la condición de no adscrito se atribuye únicamente a quienes voluntariamente "no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o (que) abandonen su grupo de procedencia", es decir, quedan excluidos de aquella condición los que sean expulsados del grupo y, asimismo, los que abandonen o sean expulsados del partido político. No faltan, sin embargo, Reglamentos de Asambleas Legislativas de algunas Comunidades Autónomas, en los que la condición de no adscrito se atribuye no sólo a los que por voluntad propia dejan de pertenecer al grupo Parlamentario al que estuvieran adscritos, sino también a los expulsados del mismo[49].

Los reparos que, desde una perspectiva constitucional, había formulado algún sector de la doctrina[50] a uno de estos reglamentos, probablemente llevaron al legislador autor de la

(47) Tal caso sería, según el citado autor, el de los integrantes de una formación política que ha concurrido con sus siglas en coalición con otra u otras a unas elecciones y cuyos componentes titulares de un cargo representativo deciden constituir una agrupación parlamentaria propia. PRESNO LINERA, M.A., "La superación del transfuguismo...", cit., págs. 120 y 121.

(48) Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón (artículo 111.5); Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja (artículo 122.5 y 7) y Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid (artículo 32.2, 3 y 4).

(49) Es el caso de los Reglamentos de la Asamblea de Extremadura (artículo 23.1 y 2) y de las Cortes de Castilla-La Mancha (artículo 28.1 y 2). El Reglamento de la Asamblea Legislativa de La Rioja, en cambio, reserva la condición de no adscrito sólo a los Diputados que se separen de un Grupo Parlamentario, que no podrán incorporarse a otro distinto y sólo pueden retornar al de origen previo consentimiento y firma de su Portavoz (artículo 24.2).

(50) Según NAVARRO MÉNDEZ, la condición de no adscrito por expulsión del grupo, en primer lugar, no encontraría acogida en el modelo de representación política configurado en nuestro sistema constitucional ni tampoco en la jurisprudencia constitucional, por tratarse de una decisión adoptada por un órgano de naturaleza privada que supone una intromisión ilegítima en la relación representativa que no admite otras alteraciones que las que marquen los electores. En segundo término, la expulsión no puede constituir el supuesto que determine la limitación del derecho de formar parte de algún grupo parlamentario y desde ahí acceder a ciertas funciones que los Reglamentos Parlamentarios reservan a los grupos (todo ello mientras no se den unas garantías mínimas en los procedimientos disciplinarios de los partidos). Se podría, en tercer lugar, producir una discriminación lesiva del principio de igualdad en el mantenimiento del cargo, entre los afiliados que podrían ser expulsados, respecto de los independientes, que por no tener afiliación política, no podrían ser expulsados ni ser, por tanto, no adscritos, por esta causa. Por último, el partido político podría aprovechar la previsión para provocar artificialmente la expulsión del grupo de los disidentes, a sabiendas de que sin coste alguno para él, conllevaría el aislamiento del afectado en sede parlamentaria. "Patología del transfuguismo...", cit. págs. 41-45.

reforma de la LBRL, a no extender el *status* de no adscrito a los expulsados del grupo[51] y limitarlo sólo a quienes voluntariamente no se integren en él al iniciarse el mandato o lo abandonen posteriormente.

b) Derechos de los no adscritos

La importancia de delimitar con precisión el supuesto que determina la condición de no adscrito estriba en que a ésta le van anudadas unas consecuencias que alcanzan, ya veremos cómo, al ejercicio del cargo público representativo que ostenta. El artículo 73.3 LBRL, después de prever la dotación económica que puede ser asignada a los grupos políticos, con cargo a los Presupuestos anuales de la Corporación, dispone en su apartado tercero: "Los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia y se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada Corporación". Esta previsión, a la que ya nos hemos referido como enigmática, es una forma sutil de negar a los no adscritos los derechos políticos y económicos que les corresponderían por su pertenencia a un grupo. Lo que se persigue aparece plasmado en el apartado tercero del Código antitransfuguismo y consiste en que los nos adscritos "actúen en la Corporación de forma aislada, sin que puedan percibir o beneficiarse de los recursos económicos y materiales puestos a disposición de los grupos políticos de la Corporación".

El legislador ha sido consciente de que la incorporación del tránsfuga al grupo mixto, como tradicionalmente ha ocurrido, generaba para aquél, en buen número de supuestos, beneficios económicos, pues, por una parte, disponía del componente fijo de la dotación económica con la que están dotados todos los grupos y, por otra, mediante el expediente de pertenecer a un mayor número de Comisiones Informativas, se elevaba el volumen de las indemnizaciones por asistencia a las mismas. Por otra parte, confiar la creación de la figura del no adscrito a los reglamentos orgánicos, como el pacto antitransfuguismo postulaba, probablemente hubiera resultado inoperante, después de que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de septiembre de 2002 (Ar. 9113/2002) declarase que "la exigencia de un número mínimo de concejales para la existencia del Grupo Mixto, con el propósito de evitar tentaciones de transfuguismo político, y basada en las ventajas que podría reportar un Grupo Mixto constituido por un solo Concejal, no constituye justificación objetiva y razonable para penalizar los cambios de adscripción política, no prohibidos constitucionalmente, mediante la colocación del Concejal disidente de su organización política en la situación discriminatoria de no adscrito a ningún grupo", de modo que, con tal forma de proceder "se le está impidiendo desarrollar su función representativa en las mismas

(51) La expulsión del grupo no es, sin embargo, una cuestión privada. En Sentencia de 8 de febrero de 1994 (Ar. 999/1994), la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de declarar que "estando los grupos sometidos a un régimen de reglamentación administrativa y siendo piezas básicas en la formación de la voluntad de los entes de la Administración Local (...) podemos alcanzar la conclusión de que las decisiones de los mismos relativas a la admisión o expulsión de sus miembros tiene una dimensión pública y administrativa, susceptible de examinarse por esta jurisdicción, aun cuando la amplitud de la discrecionalidad que debe reconocerse a las decisiones de los propios grupos haga que el alcance del control jurisdiccional sea realmente escaso" (FJ 1º). Con análogos argumentos, más recientemente, la Sentencia de 14 de mayo de 2002 (Ar. 6590/2002), reitera la doctrina sentada en la anterior (FJ 2º).

condiciones que el resto de los Concejales, con vulneración, por tanto, del artículo 23.2 de la Constitución" (FJ 4º).

Con todo, el artículo 73.3 LBRL no establece un régimen completo del miembro de la Corporación no adscrito. El precepto define quién tiene la referida condición y establece un límite a sus derechos económicos y políticos, pero el detalle acabado de unos y otros queda confiado a los reglamentos orgánicos a los que se remite mediante la expresión de que aquéllos "se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada Corporación".

Aquellas Comunidades Autónomas cuyas Leyes de Régimen o Administración Local han contemplado la figura del no adscrito le anudan iguales o parecidas consecuencias[52].

EL NO ADSCRITO CONSERVA CUANTAS FACULTADES TIENE RECONOCIDAS *UTI SINGULI* PERO SE VE PRIVADO DE AQUELLAS QUE SÓLO TIENE POR SU PERTENENCIA A UN GRUPO POLÍTICO

a') *Status* constitucional

El no adscrito conserva, sí, cuantas facultades tiene reconocidas *uti singuli*, pero se ve privado de aquellas que sólo tiene por su pertenencia a un grupo político. Resulta necesario tener presente, por tanto, que se trata de un cargo público representativo que goza del derecho fundamental consagrado en el artículo 23.2 CE y por ello conviene recordar cuáles son los caracteres de este derecho a la vista de la jurisprudencia constitucional, para verificar si el diferente trato normativo –la configuración– que se da al miembro no adscrito en relación con el integrado en un grupo, se ajusta o no a las exigencias derivadas del derecho que tiene reconocido.

Así, en primer lugar, debe señalarse que, como tiene declarado con reiteración el Tribunal Constitucional, "El artículo 23.2 CE, que reconoce a todos los ciudadanos el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, garantiza no sólo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que

(52) El Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña y la Ley de Administración Local de La Rioja disponen que los concejales no adscritos "tienen los deberes y los derechos individuales, incluidos los de carácter material o económico que según las leyes forman parte del estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales y participan en las actividades propias del Ayuntamiento de manera análoga a la del resto de los concejales"(artículos 50.6 y 122.8, respectivamente). La Ley riojana junto con la aragonesa prevén que "los concejales no adscritos, al no pertenecer a ningún grupo político municipal, no tendrán portavoz" (artículos 123.1 y 112.1, respectivamente) y, asimismo, que "El miembro de la Corporación que deje de pertenecer a su grupo de origen perderá el puesto que ocupare en las comisiones para las que hubiese sido designado por dicho grupo, así como la posibilidad de tener reconocida dedicación exclusiva" (artículos 122.6 y 111.6). Probablemente sea la Ley de Administración Local de la Comunidad de Madrid, la que refleje de modo más claro los efectos que conlleva la condición de no adscrito, al disponer que éste "tendrá los derechos que individualmente le correspondan como miembro de la Corporación, pero no los derivados con carácter exclusivo de su pertenencia a un grupo político (artículo 32.4, párrafo segundo).

los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas y los desempeñen de conformidad con lo que la ley disponga, ya que, en otro caso la norma constitucional perdería toda eficacia si, respetado el acceso a la función o cargo público en condiciones de igualdad, su ejercicio resulta mediatizado o impedido sin remedio jurídico" (SSTC 32/1985, FJ 3º; 161/1988, FJ 6º; 205/1990, FJ 5º; 177/2002, FJ 3º, entre otras). El contenido del derecho incluiría no sólo el llamado *ius ad officium* o derecho a acceder al cargo, sino también el *ius in officium*, esto es, el derecho a permanecer en aquél y ejercerlo sin perturbaciones ilegítimas, y en ambos casos, en condiciones de igualdad.

En segundo término, se trata de un derecho de configuración legal. Con igual reiteración, el Tribunal Constitucional ha destacado que "el derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución (...) es un derecho de configuración legal, como de forma inequívoca expresa el último inciso del precepto y, en su consecuencia, compete a la ley (...) el ordenar los derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos públicos. Una vez creados por las normas legales tales derechos y facultades, éstos quedan integrados en el *status* propio de cada cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del artículo 23.2 de la Constitución, defender ante los órganos judiciales –y en último término ante este Tribunal– el *ius in officium* que consideren ilegítimamente constreñido o ignorado por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren los titulares del cargo" (SSTC 161/1988, FJ 7º; 181/1989, FJ 4º; 205/1990, FJ 5º; 30/1993, FJ 4º; 95/1994, FJ 1º; 41/1995, FJ 1º, 40/2003, FJ 2º, entre otras).

El artículo 23.3 CE otorga al legislador un amplio margen para configurar el derecho, es decir, para determinar las condiciones de acceso y permanencia, pero como ha puesto de relieve MARTÍN NÚÑEZ, "existe un núcleo anterior a la intervención normativa del legislador que éste debe respetar, una prefiguración constitucional indisponible para el legislador y, por este motivo, el Tribunal Constitucional (...) ha de revisar si la interpretación de la legalidad configuradora (del derecho) se ha llevado a cabo *secundum constitutionem*, dado que de no ser así, los derechos fundamentales de configuración legal quedarían degradados al plano de la legalidad ordinaria y por esta vía excluidos del control de amparo constitucional"[53]. Por igual razón, "no cualquier acto del órgano parlamentario que infrinja la legalidad del *ius in officium* resulta lesivo del derecho fundamental. Sólo poseen relevancia constitucional a estos efectos los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria, como son, indudablemente, el ejercicio de la función legislativa o del control de la acción del Gobierno, siendo vulnerado el artículo 23.3 si los propios órganos de las Asambleas impiden o coartan su práctica o adoptan decisiones que contraríen la naturaleza de la representación o la igualdad entre representantes" (STC 38/1999, FJ 2º).

El derecho fundamental del artículo 23.2 CE es, en tercer lugar, un derecho de naturaleza no sustantiva, lo que, por una parte, supone que no existe *ex constitutione*, un concepto sus-

(53) MARTÍN NÚÑEZ, E., *El régimen constitucional del cargo público representativo*, CEDECS, Barcelona, 1996, págs. 68-69.

tantivo de cargo público, sino que es en la norma reguladora de cada cargo público donde hay que encontrar el concepto correspondiente, y, por otra, conlleva la validez de normas diversas para configurarlo, es decir, que la referencia a las leyes no debe entenderse como una reserva de ley formal, sino de legalidad, comprensiva, por tanto, de ley y reglamentos.

Por último, conviene insistir en que tanto el acceso como la permanencia en el cargo público lo ha de ser en condiciones de igualdad, que, como con reiteración ha declarado el Tribunal Constitucional, no es más que una manifestación o particularización del derecho de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Carta Magna, que ampara, según el citado Tribunal, la igualdad ante la ley y en aplicación de la ley, es decir, su protección no sólo es frente a la aplicación desigual de la ley, sino también ante la desigualdad existente en ésta. Dado que es el reglamento orgánico municipal el llamado a determinar los derechos de los miembros "no adscritos", se ha de tener muy presente la doctrina del Tribunal Constitucional sobre al alcance del principio de igualdad en la ley, que el fundamento jurídico 5 del Auto 289/1999, de 30 de noviembre, resume en los siguientes términos:

> "a) No toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable.
>
> b) El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional.
>
> c) El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados.
>
> d) Para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos [por todas, SSTC 76/1990 (RTC 1990\76), FJ 9º.A); y 214/1994, FJ 8º.B)].
>
> e) Es también doctrina reiterada de este Tribunal que la igualdad ante o en la ley impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación [SSTC 3/1983 (RTC 1983\3), FJ 3º; 75/1983 (RTC 1983\75), FJ 2º; 6/1984 (RTC 1984\6), FJ 2º; 209/1988

(RTC 1988\209), FJ 6º; 76/1990, FJ 9º; 214/1994, FJ 8º; 9/1995 (RTC 1995\9), FJ 2º; 164/1995 (RTC 1995\164), FJ 7º 134/1996, FJ 5º; 117/1998 (RTC 1998\117), FJ 8º; y 46/1999 (RTC 1999\46), FJ 2º, por todas]."

Lo que el artículo 23.2 CE prohíbe, por tanto, son diferencias de trato que carezcan de una justificación objetiva y razonable o que no guarden proporcionalidad con la finalidad perseguida, lo que nos lleva de lleno a la cuestión de si, la diferencia de trato que la legalidad ordinaria dispensa a los corporativos no adscritos, en relación con los integrados en un grupo, es respetuosa con la igualdad que exige el derecho fundamental. Es oportuno recordar la declaración contenida en la STC 32/1985, de 6 de marzo: "La ley (...) no podrá regular el ejercicio de los cargos representativos en términos tales que vacíe de contenido la función que ha de desempeñar, o se la estorbe o dificulte mediante obstáculos artificiales o se coloque a ciertos representantes en condiciones inferiores a otros" (FJ 3º). Sin embargo, con anterioridad a ella, en el mismo fundamento jurídico ha expresado, a propósito del diferente trato que está juzgando, que "Aunque ello fuera así, no podría concluirse, sin embargo, que ese trato diferencial implica una violación del artículo 14 de la Constitución, sin probar antes que éste exige que a los titulares de los cargos representativos se les dé siempre el mismo trato, prescindiendo de las opciones que expresen (...) Si ninguna norma lo impide, por tanto, no hay discriminación ideológica en el hecho de que, al proveer cargos públicos de naturaleza política (...) se dé preferencia a los correligionarios, de manera que lo decisivo será siempre la existencia o no de esa otra norma impeditiva".

b') *Status* legal del no adscrito

De la configuración legal de los miembros de las Corporaciones locales se deriva para éstos un *status* del que forman parte una variada serie de derechos y facultades, todos los cuales están al servicio de la función representativa que desempeñan. Sin embargo, la circunstancia de que el no adscrito haya de actuar de forma aislada y se vea privado de los derechos económicos y políticos que le corresponderían de pertenecer a un grupo, nos obliga a distinguir cuáles de aquéllos los tiene reconocidos *uti singuli* y cuáles los tiene por su integración en un grupo.

1. *Derechos políticos*

En principio, por derechos políticos debemos entender todos aquellos a través de cuyo ejercicio, los miembros de las Corporaciones locales desempeñan la función representativa para la que han sido elegidos, es decir, su *ius in officium*. Pero ese ejercicio, en algunas ocasiones se lleva a cabo de forma individual y, en otras, a través del grupo en que cada uno de los corporativos está integrado.

Entre los derechos (funciones) cuyo ejercicio es individual, podemos citar como más importante y notorio el voto, pues, según el artículo 99.5 ROF, es personal e indelegable. Pero no es el único. El mismo carácter individual tiene la posibilidad de solicitar sesión

extraordinaria, que los artículos 46.2.a) LBRL y 78.2 ROF refieren a la cuarta parte, al menos, del número legal de miembros de la Corporación. A quien hay que poner a disposición toda la documentación de los asuntos incluidos en el orden del día que debe servir de base al debate y, en su caso, votación, es a los miembros de la Corporación individualmente considerados (artículo 84 ROF). Quien puede pedir, durante el debate, la retirada de algún expediente incluido en el orden del día, a efectos de que se incorporen al mismo documentos o informes y también que el expediente quede sobre la mesa, aplazándose su discusión para la siguiente sesión, es el concejal (artículo 92.1 ROF). Quien durante la sesión puede pedir la palabra para plantear una cuestión de orden, invocando al efecto la norma cuya aplicación reclama, es el miembro individual de la Corporación (artículo 94.2 ROF). Son los miembros de la Corporación los que pueden formular votos particulares al dictamen emitido por la Comisión Informativa (artículo 97.4 y 5 ROF), los que pueden plantear ruegos y preguntas (artículo 97.6 y 7 ROF) y hacer reparos al acta de la sesión anterior (artículo 91.1 ROF). De los corporativos es el derecho a obtener información en los términos previstos en los artículos 77 LBRL y 14, 15 16 ROF. Y, en fin, son los miembros de la Corporación que hubiesen votado en contra de los actos y acuerdos adoptados por aquélla, los únicos legitimados para impugnarlos[54] [artículo 63.1.b) LBRL].

LAS COMISIONES INFORMATIVAS DEBEN RESPETAR EN SU COMPOSICIÓN UNA REPRESENTATIVIDAD DE LAS FUERZAS POLÍTICAS ANÁLOGA A LA QUE ÉSTAS TENGAN EN EL PLENO

En otros supuestos, sin embargo, el estatuto de los miembros de las Corporaciones locales determina que sus funciones representativas –su *ius in officium*– se ejerzan a través de los grupos políticos. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el orden del día de las sesiones. Éste es, desde luego, fijado por el Alcalde o Presidente de la Corporación, asistido de la Secretaría, pero puede consultar, si lo estima oportuno a los portavoces de los grupos, quienes, asimismo, son, a través también de sus portavoces, los que pueden proponer al Alcalde o Presidente que incluya en el orden del día asuntos que no hayan sido previamente informados por la respectiva Comisión Informativa (artículo 82.1 y 3 ROF). Son los grupos políticos en la persona de su portavoz quienes han de ser oídos por el Presidente a la hora de determinar éste el orden de colocación de los grupos en el salón de

(54) Según la STS de 16 de mayo de 1994 (Ar. 3515/1994) los grupos políticos tienen un papel que, si facilita el funcionamiento de los órganos colegiados del Ayuntamiento, no sustituye a los miembros de la Corporación y por ello, aún teniendo interés y, por tanto, legitimación para impugnar los actos que les afecten como tal grupo, no la tienen, sin embargo, para impugnar los acuerdos de las Corporaciones locales, que la LBRL sólo concede a los miembros que hubiesen votado en contra (FJ 4º).

sesiones (artículo 89 ROF). Quienes en las sesiones ordinarias, después de concluido el examen de los asuntos incluidos en el orden del día y antes de pasar al turno de ruegos y preguntas, pueden someter a la consideración del Pleno por razones de urgencia, algún asunto no comprendido en el orden del día y que no tenga cabida en el punto de ruegos y preguntas, son los grupos políticos (artículos 91.4 y 97.3 ROF). En los debates de las sesiones son los grupos los que tienen asegurados dos turnos de intervención (artículo 94 ROF). Los artículos 105 y 106 ROF, que se refieren al control y fiscalización por el Pleno de los demás órganos de gobierno, sólo aluden a los grupos, cuando prevén la posibilidad de formular preguntas. Y, en fin, a quien se asegura una presencia en las Comisiones Informativas, acomodada a la proporcionalidad que tengan en el Pleno, es a los grupos políticos [artículo 125.b) y c) ROF].

A la vista de este último catálogo de funciones (derechos), que la LBRL, pero sobre todo el ROF, refieren o atribuyen en exclusiva a los grupos políticos, cabe formularse la siguiente pregunta ¿Ninguna de dichas funciones puede ser desempeñada individualmente por los miembros de la Corporación?

La búsqueda de su respuesta debe partir de la jurisprudencia constitucional. Para no reiterar pronunciamientos a los que ya se ha hecho mención, basta acudir a la STC 177/2002, de 14 de octubre, en cuyo FJ 3º se resume una doctrina que puede arrojar alguna luz. Empieza así por recordar que el artículo 23.2 CE no sólo comprende el *ius ad officium*, sino también el *ius in officium* y que la garantía de este último "resulta de particular relevancia, cuando la petición de amparo es deducida por los representantes parlamentarios –en nuestro caso, miembros de las Corporaciones locales– en defensa del ejercicio de sus funciones, ya que, en tal supuesto, aparece también afectado el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes, reconocido en el artículo 23.1 CE[55].

Y recuerda, asimismo, que, por tratarse de un derecho de configuración legal el previsto en el artículo 23.2 CE, los derechos y atribuciones conferidos al representante por la legalidad ordinaria, pasan a formar parte de su *status*, de su *ius in officium* y los puede reclamar por el cauce del recurso de amparo ante el propio Tribunal Constitucional, cuando considere que son ignorados o limitados por actos del poder público. Sin embargo, y esto es lo esencial para nosotros, no cualquier acto que infrinja la legalidad del *ius in officium* resulta lesivo del derecho fundamental, pues "sólo poseen relevancia constitucional, a estos efectos, los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria, como son, indudablemente, el ejercicio de la función legislativa o de control de la acción del Gobierno, siendo vulnerado el artículo 23.2 si los propios órganos de las Asambleas impiden o coartan su práctica o adoptan decisiones que contraríen la naturaleza de la representación o la igualdad de los representantes".

(55) Según el TC, existe una directa relación entre el derecho del representante *ex* artículo 23.2 CE y el que éste atribuye a los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (artículo 23.1), pues "son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos" (STC 107/2001, FJ 3º).

Ya se ha dicho, pero conviene recordarlo ahora. Por amplia que sea la capacidad que el legislador tiene para configurar el *ius in officium* del Concejal o Diputado, aquélla tiene como límite el contenido esencial a que se refiere el artículo 53.1 CE. Del contenido esencial vendrían a formar parte, en palabras de la STC 117/2002, los derechos y facultades que pertenezcan al núcleo de su función representativa, entre los que el propio Tribunal identifica, para el caso de los parlamentarios, el ejercicio de la función legislativa o de control de la acción del Gobierno.

El núcleo de la función representativa se encuentra, sin duda, en el propio artículo 23.2 CE, pero pueden ayudar a descubrirlo otros preceptos constitucionales. En el caso de los parlamentarios, el Tribunal Constitucional ha tenido, sin duda, a la vista el artículo 66.2 CE donde, además de otras competencias constitucionales, se atribuye a las Cortes Generales el ejercicio de la potestad legislativa y el control de la acción del Gobierno. Ello le ha permitido declarar que pertenece al núcleo de la función representativa parlamentaria, por ejemplo, la facultad de presentar enmiendas parciales o al articulado de los Proyectos de Ley; así como la facultad de formular preguntas al Consejo de Gobierno y a sus miembros (ATC 118/1999, FJ 2º).

En el caso de los miembros de las Corporaciones locales, además del propio artículo 23.2 CE, se deben tener presentes los artículos 140 y 141 CE que atribuyen al Ayuntamiento y a la Diputación el gobierno y administración de los municipios y las provincias, respectivamente. Es cierto que Ayuntamientos y Diputaciones carecen de potestades legislativas, pero sí tienen potestades normativas que ejercen *ad intra y ad extra*, además de las ejecutivas de normas autónomas y heterónomas. En unos y otras, como en el Parlamento estatal y los autonómicos, existe Gobierno y oposición. El funcionamiento de las Corporaciones locales, en suma, se ha parlamentarizado a lo largo de los últimos años, en un proceso cuyos últimos exponentes son la Ley 11/1999, con proyección a todos los Ayuntamientos y la Ley 57/2003, con proyección a las grandes ciudades. Todo ello significa, en definitiva, que la doctrina emanada del Tribunal Constitucional sobre el alcance del artículo 23.2 CE en relación con los miembros de los Parlamentos estatal o autonómicos es, en buena medida, aplicable a los miembros de las Corporaciones Locales. Por otra parte, si en el caso de los primeros sólo podemos contar con la jurisprudencia constitucional, para los segundos, además de ésta, tenemos a nuestra disposición la emanada del Tribunal Supremo.

No hay ninguna duda, según nuestro modo de ver, de que en las funciones de control de la acción del Gobierno municipal han de tener participación los corporativos no adscritos. Tampoco la ofrece su participación en los debates plenarios. Ambas, según el Tribunal Constitucional, forman parte del núcleo de su función representativa. El derecho a obtener información (antecedentes, datos, etc.) previsto en el artículo 77 LBRL, según el Tribunal Supremo, también se integraría en ese núcleo esencial contenido en el artículo 23.2 CE, que la legalidad ordinaria debe, por tanto, respetar. No parece, en cambio, probable que la posibilidad de presentar mociones o proposiciones, limitada por el ROF a los grupos políticos, pueda formar parte del contenido esencial. Se trata en ambos casos de asuntos fuera del orden del día, para cuyo pronunciamiento, es razonable exigir, además de la urgencia, una petición plural, representada por un número mínimo de corporativos (como en las sesiones extraordinarias) o por un grupo político.

Puede plantearse como problemática la participación de los corporativos en los órganos colegiados, en general, y en las denominadas Comisiones Informativas, en particular. El análisis acerca de la presencia que hayan de tener los no adscritos en estas Comisiones, se ha de situar en la STC 32/1985, de 6 de marzo, conforme a la cual, las Comisiones Informativas son en realidad "meras divisiones internas del Pleno Municipal, carentes de competencias decisorias propias y cuya función se reduce a preparar las decisiones de aquél". Como el Pleno es un órgano representativo y las Comisiones son meras divisiones internas de aquél, es obvio que éstas deben respetar en su composición una representatividad de las fuerzas políticas análoga a la que éstas tengan en el Pleno. "En cuanto parte del Pleno deben reproducir, en cuanto sea posible, la estructura política de éste, pues, de otro modo, en efecto, no sólo se eliminaría toda participación de los concejales de la minoría en un estadio importante del proceso de decisión (...), sino que se hurtaría a la minoría incluso de la posibilidad de participar con plena eficacia en el estado final de la decisión, privándola del tiempo necesario para el estudio en detalle de los asuntos, o de la documentación que ello requiere, o de ambas cosas" (FJ 2º).

Una composición no proporcional de las Comisiones Informativas falsearía, en consecuencia, el funcionamiento del Pleno, pero esta proporcionalidad "no implica la necesidad de que cada una de las Comisiones sea reproducción exacta, a escala menor, del Pleno Municipal, sino sólo la de que, en cuanto la diferencia cuantitativa y otras consideraciones objetivas lo hagan posible, al fijar la composición de las Comisiones se procure dotar de presencia en ellas a las fuerzas políticas presentes en el Pleno" (FJ 2º). En esta línea, la STC 30/1993, de 25 de enero, ha precisado que "una proporcionalidad estricta es algo difícil de alcanzar en toda representación, y tanto más cuanto más reducido sea el número de representantes a elegir o el colegio a designar (...), una adecuada representación proporcional sólo puede ser, por definición imperfecta y resultar exigible dentro de un razonable margen de flexibilidad, siempre y cuando no llegue a alterarse su propia esencia. En consecuencia, la proporcionalidad o las desviaciones de la misma (...) constitutivas de una discriminación vedada por el artículo 23.2 de la Constitución, no pueden ser entendidas de una forma estrictamente matemática, sino que deben venir anudadas a una situación notablemente desventajosa y a la ausencia de todo criterio objetivo o razonamiento que las justifique (FJ 7º).

La relevancia de estos pronunciamientos, en lo que ahora interesa, reside en que la presencia proporcional que reclaman para las Comisiones no es la de los miembros de la Corporación, sino la de las fuerzas políticas presentes en el Pleno, es decir, los grupos políticos como prolongación de aquéllas. En congruencia con estas declaraciones, los artículos 20.1.c), para los municipios, y 32.2, para las Diputaciones Provinciales, ambos de la LBRL, atribuyen el derecho a participar en las Comisiones Informativas a todos los grupos integrantes de la Corporación. Será el ROF el que se refiera a la proporcionalidad en su artículo 125.b), al disponer que "Cada Comisión estará integrada de forma que su composición se acomode a la proporcionalidad existente entre los distintos grupos políticos representados en la Corporación" y, asimismo, añada en el apartado c) del citado precepto que "La adscripción concreta a cada Comisión de los miembros de la Corpo-

ración que deban formar parte de la misma en representación de cada grupo, se realizará mediante escrito del portavoz del mismo dirigido al Alcalde o Presidente y del que se dará cuenta al Pleno".

Alguien podría deducir de que por ser la presencia de los grupos la que se reclama para las Comisiones Informativas, en éstas no tendrían derecho a estar los no adscritos. Por otra parte, como lo que impide el artículo 73.3 LBRL es que los no adscritos tengan derechos políticos y económicos superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, podría, asimismo, pensarse que el concejal de un grupo adscrito a dos Comisiones, si abandona aquél, no podría estar adscrito a un número de comisiones superior a dos. A nuestro modo de ver, cualquiera de ambas interpretaciones debe ser rechazada. Si el derecho del artículo 23.2 CE es un derecho de los representantes y una presencia no proporcional de un grupo en las Comisiones lo lesiona, pues, según la STC 32/1985, "eliminaría toda participación de los concejales de la minoría en un estadio importante del proceso de decisión" y "hurtaría a la minoría incluso de la posibilidad de participar con plena eficacia en el estado final de la decisión, privándola del tiempo necesario para el estudio en detalle de los asuntos, o de la documentación que ello requiere, o de ambas cosas", con igual o mayor razón, el no adscrito vería lesionado aquel derecho, del que, recordemos, sigue siendo titular. El concejal no adscrito tiene, por tanto, derecho a estar presente en todas las Comisiones Informativas y así lo avalan las SSTS de 17 de diciembre de 2001 (Ar. 10569/2002) y 26 de septiembre de 2002 (Ar. 9113/2002), que declaran el derecho del único concejal del grupo mixto a estar presente en todas las comisiones.

EL TRÁNSFUGA INCURRE EN UNA DESLEALTAD HACIA EL PARTIDO QUE LO PRESENTÓ, HACIA EL ELECTORADO QUE LO ELIGIÓ Y HACIA EL PROGRAMA POLÍTICO PARA CUYA EJECUCIÓN PIDIÓ Y OBTUVO LA CONFIANZA DEL CUERPO ELECTORAL

Es en este extremo, precisamente, donde resulta frecuente ver en el tránsfuga una situación de ventaja, consistente en el aumento de las indemnizaciones que ha de recibir como consecuencia de estar presente en mayor número de comisiones que si perteneciera a un grupo. Aunque no se puede negar que las cosas pueden ser vistas así, no es menos cierto que también lo pueden ser de otra manera, si se prescinde prejuicio valorativo del tránsfuga. Todos los corporativos tienen derecho a participar en las decisiones que se adoptan tanto en el Pleno como en las Comisiones. La participación en éstas, cuando se actúa mediante grupo político, se materializa en el seno de éste, de modo que es la posición del grupo la que se traslada a la Co-

misión correspondiente por medio de aquel o aquellos corporativos que estén adscritos a la misma. Actuar en grupo evita que todos sus miembros estén en todas las Comisiones, aunque la presencia de aquél esté efectivamente en todas. El tránsfuga, el no adscrito, puede, es cierto, estar en todas las Comisiones, pero si se decanta por esa opción, su carga de trabajo y responsabilidad será también mucho mayor y, desde luego, más difícil.

2. *Derechos económicos*

¿A qué derechos económicos de los miembros no adscritos se refiere el párrafo tercero del artículo 73.3 LBRL, cuando dispone que no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia? Según se deduce de los antecedentes, parece que alude a la dotación económica que el Pleno de la Corporación puede asignar a los grupos políticos con cargo a los Presupuestos anuales de la misma, tal y como dispone el párrafo anterior del citado artículo. Esta dotación no es, por tanto, un derecho de los grupos, porque no es una obligación de la Corporación, la cual podrá asignarla a aquéllos en función de sus posibilidades económicas.

Si a esta dotación no tienen derecho los grupos, destinatarios de ella, caso de existir, con mayor razón carecen de él los corporativos, adscritos o no a un grupo. Consignada, no obstante, en los Presupuestos la partida correspondiente, su distribución, según el artículo 73.3 LBRL, es sólo entre los grupos, sin que, en principio, los corporativos tengan derecho a una parte. ¿Puede mantenerse un criterio tan restrictivo o severo con los miembros no adscritos? Creemos que no. La dotación económica, por imperativo de la LBRL debe tener un componente fijo y otro variable. El primero es idéntico para todos los grupos, mientras que el segundo está en función del número de miembros que cada grupo tenga.

A la vista de este régimen, no parece haber dudas en que los miembros no adscritos no tendrían derecho al componente fijo, que se reparte entre los grupos, por igual. La respuesta, en cambio, para el componente variable, ofrece más dudas, no ya desde la perspectiva del *ius in officium*, del artículo 23.2 CE, sino de la derivada del propio artículo 73.3 LBRL.

Dos reglas hermenéuticas finales pueden resultar útiles para resolver las dudas. Una es el principio de interpretación más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales, cuya proclamación por el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos, hace innecesaria la cita de éstos. La otra, es consecuencia, del artículo 14, en general, y del artículo 23.2 CE, en particular. Para el caso de los miembros nos adscritos, no debe olvidarse que su permanencia en el cargo representativo lo ha de ser en condiciones de igualdad en relación con los restantes miembros de la Corporación y, aunque resulte posible introducir diferencias, éstas habrán de ser justificadas, razonables y guardan proporción con el fin que se pretende alcanzar.

V. REFLEXIONES FINALES

A pesar de la resonancia mediática que han tenido algunos casos de transfuguismo, éste no deja de ser un fenómeno aislado a la vista del elevado número de instituciones representativas existentes en nuestro país. Cuando la conducta de un cargo público representativo incurre en esta patología se resiente, sin duda, el sistema político democrático, pero no es tanto la quiebra de éste como la indignación popular, lo que lleva a algunos a sugerir cambios profundos, incluso constitucionales, para evitar que dichas conductas se puedan reproducir.

El transfuguismo es un fenómeno que alude a realidades muy distintas, pero reconducibles todas a un modelo de conducta por parte del representante político que conlleva una deslealtad de triple alcance. Deslealtad, en primer término, con el partido que lo presentó o promovió al cargo. En segundo lugar, deslealtad con el electorado que lo ha votado. Y, en última instancia, con el programa político para cuya ejecución pidió y obtuvo la confianza del cuerpo electoral.

La vía de agua por la que el transfuguismo hace acto de presencia en la vida política institucional está, básicamente, en el entendimiento de la representación política por el Tribunal Constitucional, quien la concibe de acuerdo con su formulación clásica, es decir, el representante lo es de la Nación o del municipio y no de quienes le han votado o de los partidos, sin que, por otra parte, esté vinculado por los deseos o instrucciones de unos y otros. Sin embargo, esta concepción no ha impedido advertir al máximo intérprete de la Constitución la necesidad de reconocer relevancia jurídica y no sólo fáctica a la adscripción política de los representantes, en atención al pluralismo político que proclama como valor fundamental el artículo 1.1 CE y a la constitucionalización de los partidos, como expresión de tal pluralismo, además de cauces para la formación y manifestación de la voluntad popular e instrumentos fundamentales para la participación política de los ciudadanos (artículo 6 CE).

En un sistema electoral basado en listas cerradas y bloqueadas, parece razonable y posible distinguir, como algunos autores lo hacen, entre representatividad y representación. Mientras ésta la ostenta el cargo electo, aquélla corresponde a la lista, que es la receptora de los votos y, por ello, creemos que, cuando un representante, como es el caso del tránsfuga, abandona la lista portadora de la representatividad que le permitió obtener la representación, no es coherente que siga manteniendo ésta después de haber perdido, por renuncia, aquélla. Si el voto es a listas promovidas por partidos y éstos actúan en las instituciones a través de grupos, es lógico que su abandono por un representante conlleve para éste la pérdida de su representación.

Más difícil de justificar resulta, en cambio, que ante un supuesto como el descrito se pueda seguir manteniendo la representación, pero limitando de algún modo las condiciones de su ejercicio (representante no adscrito), respecto de quienes permanecen en la lista-grupo portador de la representatividad. Téngase en cuenta que el derecho de acceso y permanencia en el cargo es en condiciones de igualdad y, aunque sean posibles tratos di-

ferentes, siempre habrá que demostrar su objetividad, razonabilidad y proporcionalidad con la finalidad perseguida. En suma, no es fácil justificar una medida que haga de diferente condición a quienes la Constitución quiere, en principio, en posición de igualdad.

Si la representación no es más que una técnica o mecanismo legal para la consecución de la representatividad, ante el abandono voluntario de ésta por el representante, son más coherentes, en términos políticos y jurídicos, las posiciones de quienes propugnan una pérdida del cargo, que las defendidas por aquellos que, tras poner reparos a la pérdida de la representación, admiten, no obstante, un ejercicio diferenciado *in peius* de la misma. Dicho de otro modo, se es o no representante. Lo que no se puede ser es un representante disminuido de facultades y derechos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN, A.M., "Los representantes y el derecho de participación en el ordenamiento jurídico español", *REP*, núm. 84, 1994.

ARCE JANÁRIZ, A., "Tránsfugas y portavoces en el grupo mixto (Dictamen sobre la constitucionalidad de la regulación de la portavocía del grupo parlamentario mixto preparada por el Grupo de Trabajo para la Reforma del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias)", *RCG*, núm. 40, 1997.

BASTIDA FREIJEDO, F.J., "Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos (Comentario sobre la idea de representación en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional)", *REDC*, núm. 21, 1987.

BLANCO VALDÉS, F., *Los partidos políticos*, Tecnos, Madrid, 1990.

— "Transfuguismo y democracia en la Comunidad de Madrid", *Claves de la Razón Práctica*, núm. 135, 2003.

BURKE, E., "Discurso a los electores de Bristol", *Textos Políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

CAAMAÑO, F., "Mandato parlamentario y derechos fundamentales (Notas para una teoría de la representación 'constitucionalmente adecuada')", *REDC*, núm. 36, 1992.

— "El escaño de Tamayo y la democracia de mesa camilla", *El País*, 17 de julio de 2003.

CHUECA RODRÍGUEZ, R., "La representación como posibilidad en el estado de partidos (Mandato libre vs. Mandato de partido)", *RDP*, núm. 27-28, 1988.

DE ESTEBAN, J., "El fenómeno español del transfuguismo político y la jurisprudencia constitucional", *REP*, núm. 70, 1990.

— "El escaño no es del diputado", *El Mundo*, 26 de junio de 2003.

FERNÁNDEZ SARASOLA, I., "Representación, mandato y racionalidad en el pensamiento liberal", *Debates Constitucionales* (Revista Electrónica de la Red DERECONS), núm. 1, 1999. http://constitucion.rediris.es/revista/dc/dc/uno/Sarasola.html

GARCÍA PELAYO, M., *El Estado de partidos*, Alianza Editorial, Madrid, 1986.

GARCÍA ROCA, J., *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, 1998.

GARRORENA MORALES, A., *Representación política y Constitución democrática (Hacia una revisión crítica de la teoría de la representación)*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

HOLGADO GONZÁLEZ, M., "Consideraciones sobre la necesidad de revisar el papel de los partidos políticos en la democracia actual", Comunicación presentada al *VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Mesa "Partidos políticos y sistema electoral", en http://www.us.es/cidc/Ponencias/Electoral/MaríaHolgado.pdf

JEAMBAR, D. y ROUCATE, I., *Elogio de la traición*. Gedisa, Barcelona, 1990.

MARTÍN NÚÑEZ, E., *El régimen constitucional del cargo público representativo*, CEDECS, Barcelona, 1996.

MONEDERO, J.C., *El debate sobre la crisis de la representación política* (Ed. Antonio J. Porras Nadales), Tecnos, Madrid, 1996.

MORELL OCAÑA, L., *El régimen local español*, Civitas, Madrid, 1988.

MURILLO DE LA CUEVA, P.L., "Problemas constitucionales de la representación política", *Debate Abierto*, núm. 7, 1992.

NAVARRO MÉNDEZ, J.J., "Patología del transfuguismo político. Grandes males, pero ¿buenos remedios? (A propósito de la regulación del estatuto de los diputados 'no adscritos', contenida en la reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura, de 29 de marzo de 1999", *RCG*, núm. 49, 2000.

PRESNO LINERA, M.A., "La superación del transfuguismo político en las corporaciones locales como exigencia de una representatividad democrática", *REALA*, núm. 277, 1998.

— "La prohibición del mandato imperativo como una garantía al servicio de la representatividad democrática", *Debates Constitucionales* (*Revista Electrónica de la Red DERECONS*), núm.

1, 1999. Disponible en el sitio de internet: http://constitucion.rediris.es/revista/dc/dc/uno/Presno.html

PUNSET BLANCO, R., *Las Cortes Generales*, CEC, 1983.

RENIÚ VILAMALA, J.M., "La representación política en crisis: el transfuguismo como estrategia política", *El debate sobre la crisis de la representación política* (Ed. Antonio J. Porras Nadales), Tecnos, Madrid, 1996.

RUBIO LLORENTE, F., "Los tránsfugas no son tan malos", *El País*, 6 de octubre de 1993.

— "Vernos como somos", *El País*, 21 de junio de 2003.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., "Partido político, Grupo Parlamentario y Diputado", *Derecho de partidos* (Coord. José Juan González Encinar), Espasa Calpe, Madrid, 1992.

TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional español*, Vol. I, Átomo, Ed., 1985.

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. 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.

Así por ejemplo, en relación con las cuestiones prejudiciales es de destacar el dato indiscutible de que las causas de inadmisión prejudicial siguen ocupando la mayor parte del tiempo y de los esfuerzos del Tribunal. La insistencia de las partes en interpretar de forma extensiva las causas de inadmisión obliga, una y otra vez, a que el Tribunal de Justicia precise y delimite, con mayor exactitud si cabe, el contenido y extensión de las mismas.

También es de resaltar cómo los órganos jurisdiccionales españoles han hecho un mayor uso del mecanismo prejudicial, para aclarar sus dudas acerca de la interpretación o la validez de las normas comunitarias. Ésta es la conclusión a la que cabe llegar, si tenemos en cuenta que, frente a la tradicional ausencia de peticiones prejudiciales de otros períodos, han sido tres los pronunciamientos prejudiciales solicitados en los últimos tres meses. Dato esperanzador sin duda, a la par que lógico. Sobre todo, si tenemos en cuenta que, cada vez más, el Derecho Comunitario incide de forma más directa en la esfera jurídica de los particulares.

Del mismo modo, es reseñable el dato cierto de que algunos de los temas más recurrentes en la jurisprudencial del Tribunal en otras épocas, van desapareciendo del escenario ju-

risprudencial actual. Así ocurre, por ejemplo, con el concepto de órgano jurisdiccional, o con los supuestos de negativa del Tribunal a responder a las cuestiones prejudiciales, una vez han sido admitidas. De hecho, ninguna de las sentencias analizadas en el período que comprende esta crónica se ha referido a estos temas.

2. PRINCIPIOS GENERALES

Uno de los principios esenciales para la plena operatividad y aplicabilidad del Derecho comunitario en todos los Estados miembros es, sin duda, el principio de interpretación uniforme de los conceptos básicos del ordenamiento comunitario. Sobre el principio se pronuncia el TJCE en su sentencia de 13 de enero de 2005 (asunto C-84/03) en la que se resolvía un recurso de la Comisión contra España por el incumplimiento de las obligaciones que le incumben a nuestro país –incumplimiento finalmente apreciado en la sentencia en todos sus extremos– en virtud de las disposiciones del Tratado CE y de las Directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1) y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas y, en particular:

– al excluir del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio de 2000, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (BOE núm. 148, de 21 de junio de 2000, p. 21775; en lo sucesivo, "Texto Refundido") y, en concreto, en el artículo 1, apartado 3, del Texto Refundido a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de cada una de las mencionadas Directivas;

– al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido, en el artículo 3, apartado 1, letra c), de éste, los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas, y

– al permitir en los artículos 141, letra a), y 182, letras a) y g), del Texto Refundido, que se recurra al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las citadas Directivas.

Pues bien, en su fallo el TJCE recuerda que, según jurisprudencia reiterada, el concepto de "organismo de Derecho público", concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apar-

tados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, C-214/00, Rec. p. I-4667, apartados 52 y 53, y de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, C-283/00, Rec. p. I-11697, apartado 69).

De ello se desprende que, para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad de Derecho privado como organismo de Derecho público, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37, sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir por sí solo su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de estas Directivas (sentencia de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, antes citada, apartados 54, 55 y 60).

Por tanto, resulta de lo anterior que la normativa española incorpora de manera incorrecta el concepto de "entidad adjudicadora" que figura en el artículo 1, letra b), de las Directivas 93/36 y 93/37, ya que excluye de su ámbito de aplicación a las entidades de Derecho privado, cuando éstas pueden cumplir los requisitos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de dichas Directivas.

3. FUENTES

En el período de referencia, que coincide con la entrada del año 2005, pueden destacarse las **SSTJCE de 18 de noviembre de 2004, As. C-91/04, Comisión c. Suecia, As. C-79/04, Comisión c. Luxemburgo, y As. C-143/04, Comisión c. Bélgica; de 9 de diciembre de 2004, As. C-88/04, Comisión c. Reino Unido, y As. C-56/04, Comisión c. Finlandia, y de 27 de enero de 2005, As. C-59/04, As. Comisión c. Francia,** que vienen a reiterar el momento en el que debe constatarse 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. En efecto, el TJCE sostiene que:

> "(...) 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 ser tomados en cuenta por el Tribunal de Justicia".

4. RECURSOS

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

Durante al tiempo al cual se subscribe la presente crónica no existen referencias jurisprudenciales importantes en las sentencias recaídas en recursos de anulación o de omisión resueltos por parte de los órganos jurisdiccionales comunitarios. Aun dada esta situación, no obstante, es conveniente recordar la línea jurisprudencial mantenida en tres senten-

cias. La primera de ellas es la **STPI de 3 de febrero de 2005** (Sala Quinta), **As. T-139/01, Comafrica,** en cuyo fundamento jurídico centésimo se determina que "no obsta al alcance general de un acto la posibilidad de determinar con mayor o menor precisión el número o incluso la identidad de los sujetos de Derecho a los que se aplica en un momento dado, siempre que conste que esta aplicación se efectúa en virtud de una situación objetiva de Derecho o de hecho definida por el acto y relacionada con la finalidad de éste".

La segunda sentencia es la **STPI de 26 de enero de 2005** (Sala Cuarta), **As. T-193/02, Laurent Piau,** en la cual el Tribunal de Primera Instancia sostuvo que las asociaciones deportivas de fútbol son asociaciones de empresas en el sentido del artículo 81 CE pues la mera circunstancia de que una asociación o federación deportiva califique unilateralmente de "aficionados" a deportistas o clubes no excluye, en sí misma, que éstos desempeñen actividades económicas en el sentido del artículo 2 CE. En sus fundamentos jurídicos septuagésimo séptimo y septuagésimo octavo, respecto las facultades normativas de la FIFA, el Tribunal de Primera Instancia sostuvo que "el propio principio de la regulación de una actividad económica que no atañe ni a la especificidad deportiva ni a la libertad de organización interna de las asociaciones deportivas, por parte de un organismo de Derecho privado que no ha recibido una delegación de una autoridad pública a tal fin, no puede considerarse inmediatamente compatible con el Derecho comunitario, cuando se trata en particular del respeto de las libertades civiles y económicas. Tal regulación, que corresponde al control de una actividad económica y afecta a libertades fundamentales, forma parte, en principio, de las competencias de las autoridades públicas. No obstante, en el marco del presente litigio, la competencia normativa ejercida por la FIFA, ante la inexistencia casi general de regulaciones nacionales, sólo puede examinarse en la medida en que afecte a las normas sobre la competencia, respecto a las cuales debe apreciarse la legalidad de la decisión impugnada, sin que las consideraciones relativas a la base jurídica que permite a la FIFA ejercer una actividad reguladora, por importantes que sean, puedan ser objeto aquí de control jurisdiccional".

La tercera sentencia es la **STPI de 1 de diciembre de 2004** (Sala Cuarta ampliada), **As. T-27/02, Kronofrance SA,** en la que el Tribunal de Primera Instancia sostuvo en su fundamento jurídico trigésimo cuarto que "cuando una parte demandante intenta que se respeten las garantías de procedimiento previstas en el artículo 88 CE, apartado 2, por medio de un recurso de anulación contra una decisión de la Comisión adoptada al término de la fase preliminar de examen, el mero hecho de que tenga la condición de interesada en el sentido de dicha disposición basta para que se la considere directa e individualmente afectada en el sentido del artículo 230 CE, párrafo cuarto".

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

No ha sido éste un período de grandes cambios, ni novedades, en lo que concierne a medidas cautelares o a cuestiones prejudiciales. Ahora bien, eso no significa que la jurisprudencia del Tribunal no nos haya brindado elementos para el análisis y la reflexión, en torno a aquella temática.

Así por ejemplo, nos topamos –una vez más– con el dato indiscutible de que las causas de inadmisión prejudicial siguen ocupando la mayor parte del tiempo y de los esfuerzos del Tribunal. Como se tendrá ocasión de comprobar, las causas o los motivos de inadmisión prejudicial vuelven a ser el argumento "estrella" de este período. La insistencia de las partes en interpretar de forma extensiva las causas de inadmisión obliga, una y otra vez, a que el Tribunal de Justicia precise y delimite, con mayor exactitud si cabe, el contenido y extensión de las mismas.

También es de destacar, cómo los órganos jurisdiccionales españoles han hecho un mayor uso del mecanismo prejudicial, para aclarar sus dudas acerca de la interpretación o la validez de las normas comunitarias. Ésta es la conclusión a la que cabe llegar, si tenemos en cuenta que, frente a la tradicional ausencia de peticiones prejudiciales de otros períodos, han sido tres los pronunciamientos prejudiciales solicitados en los últimos tres meses. Dato esperanzador sin duda, a la par que lógico. Sobre todo, si tenemos en cuenta que, cada vez más, el Derecho Comunitario incide de forma más directa en la esfera jurídica de los particulares.

Del mismo modo, es reseñable el dato cierto de que algunos de los temas más recurrentes en la jurisprudencial del Tribunal en otras épocas, van desapareciendo del escenario jurisprudencial actual. Así ocurre, por ejemplo, con el concepto de órgano jurisdiccional, o con los supuestos de negativa del Tribunal a responder a las cuestiones prejudiciales, una vez han sido admitidas. De hecho, ninguna de las sentencias analizadas en el período que comprende esta crónica se ha referido a estos temas.

Por último, conviene señalar cómo es cada vez más frecuente que cuestiones procesales que llamamos "internas", sean objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal. Éste es el caso de las solicitudes de reapertura de la fase oral del procedimiento. Una posibilidad contemplada en el artículo 61 del recientemente aprobado Reglamento de Procedimiento, y que el Tribunal de Justicia suele rechazar, con una ausencia casi total de motivación.

CUESTIONES PREJUDICIALES

Comenzando por las **cuestiones prejudiciales interpretativas**, y como ya advertíamos previamente, son **las causas de inadmisión de las cuestiones prejudiciales**, el argumento más veces tratado por el Tribunal de Justicia en el período propuesto.

Lo anterior se explica si tenemos en cuenta que es éste uno de los argumentos de ordinario utilizado por las partes, para tratar de impedir un eventual pronunciamiento prejudi-

cial desfavorable. En esta ocasión, son cinco las sentencias en las que la Corte Europea se ha visto obligada a recordar su reiterada jurisprudencia acerca de esta cuestión.

En tres de ellas, la STJUE de 9 de noviembre de 2004, As. C-46/02; la STJUE también de 9 de noviembre de 2004, Fixtures Marketing, As. C-444/02, y la STJUE, de 16 de diciembre de 2004, My, As. C-293/03; el motivo de inadmisión invocado es idéntico: la falta de elementos fácticos y normativos en el escrito de petición prejudicial. Una ausencia tal que impediría, tanto la respuesta útil del Tribunal de Justicia, como la presentación de observaciones y alegaciones por el resto de partes interesadas.

A este respecto, el Tribunal de Justicia nos recuerda que, efectivamente, es ésta una de las causas de inadmisión de las peticiones prejudiciales, allí donde se haga presente. Sin embargo, esto no acontece en ninguno de los casos examinados.

En efecto, en la **STJUE de 9 de noviembre de 2004, Fixtures Marketing, As. C-46/02** (apdos. 23 a 26), el Tribunal de Justicia estima que:

> "(…) de las observaciones presentadas al amparo del artículo 20 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia por las partes en el litigio principal y por los Gobiernos de los Estados miembros se desprende que las indicaciones contenidas en la resolución de remisión les permitieron comprender que el origen del litigio principal radicaba en el uso por Veikkaus, con vistas a la organización de apuestas deportivas, de información procedente de los calendarios de los campeonatos elaborados por las ligas inglesas de fútbol y que, en este contexto, el órgano jurisdiccional remitente albergaba dudas sobre el ámbito de aplicación y el alcance del derecho *sui generis* establecido por el artículo 7 de la Directiva.
>
> Por lo demás, las informaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente proporcionan al Tribunal de Justicia un conocimiento del contexto fáctico y jurídico del litigio principal lo suficientemente amplio como para poder interpretar las disposiciones comunitarias de que se trata en relación con la situación objeto de dicho litigio.
>
> En lo que atañe al hecho de que en la resolución de remisión no figure indicación alguna sobre las relaciones existentes entre las ligas inglesas de fútbol y Fixtures, es preciso observar que, tal como lo confirma el contenido de las observaciones presentadas en el caso de autos, dicha falta de indicación no impidió que los Gobiernos de los Estados miembros y la Comisión comprendieran cabalmente el objeto y las implicaciones de las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia ni que se pronunciaran eficazmente al respecto. Tampoco afecta a la capacidad del Tribunal de Justicia para facilitar al juez nacional respuestas útiles sobre tales cuestiones.
>
> En cuanto al hecho de que la resolución de remisión no se pronuncie sobre la calificación de la conducta de Veikkaus desde el punto de vista de los conceptos de extracción y de reutilización, la segunda cuestión del órgano jurisdiccional remitente debe entenderse, habida cuenta del contexto en el que se inscribe, en el sentido de que pretende obtener

aclaraciones sobre el alcance de esos dos conceptos, que sirven para definir el alcance de las prohibiciones enunciadas en el artículo 7, apartados 1 y 5, de la Directiva".

Por su parte, en la **STJUE de 9 de noviembre de 2004, Fixtures Marketing, As. C-444/02** (apdos. 14 a 16), la Corte Europea considera que:

"(…) En el caso de autos, de las observaciones presentadas al amparo del artículo 20 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia por las partes en el litigio principal y por los Gobiernos de los Estados miembros se desprende que las indicaciones contenidas en la resolución de remisión les permitieron comprender que el origen del litigio principal radicaba en el uso por el OPAP, con vistas a la organización de apuestas deportivas, de información procedente de los calendarios de los campeonatos elaborados por las ligas profesionales de fútbol y que, en este contexto, el órgano jurisdiccional remitente albergaba dudas sobre el concepto de base de datos en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva y sobre el ámbito de aplicación y el alcance del derecho *sui generis* establecido por el artículo 7 de dicha Directiva.

Por otra parte, la resolución de remisión contiene precisiones sobre las relaciones que existen entre las ligas de fútbol de que se trata, Football Fixtures Ltd y Fixtures, que permiten comprender con qué fundamento esta última reclama, en el marco del litigio principal, la protección que confiere el derecho *sui generis*.

Por lo demás, las informaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente proporcionan al Tribunal de Justicia un conocimiento del contexto del litigio principal lo suficientemente amplio como para poder interpretar las disposiciones comunitarias de que se trata en relación con la situación objeto de dicho litigio".

Por último, y en parecidos términos, se expresa el Tribunal de Justicia en la **STJUE de 16 de diciembre de 2004, My, As. C-293/03** (apdo. 18), donde se afirma que:

"En el caso de autos, de las observaciones presentadas por las partes en el asunto principal, por el Gobierno helénico, por el propio Gobierno neerlandés y por la Comisión de las Comunidades Europeas se desprende que las informaciones facilitadas por la resolución de remisión permitieron a éstos pronunciarse adecuadamente sobre la cuestión planteada al Tribunal de Justicia. Además, a las informaciones contenidas en la resolución de remisión han venido a añadirse los datos del asunto comunicados por el órgano jurisdiccional nacional y las observaciones escritas presentadas ante el Tribunal de Justicia. El conjunto de estos elementos, reproducido en el informe para la vista, fue puesto en conocimiento de los Gobiernos de los Estados miembros y de las demás partes interesadas de cara a la vista en la que estos últimos pudieron, en su caso, completar sus observaciones."

A la vista de lo anterior, y en todos los casos, el Tribunal llega a una misma conclusión: declarar la admisibilidad de todas y cada una de las peticiones de decisión prejudicial formuladas.

Mayor interés tiene la **STJUE de 4 de febrero de 2005, Radlberger Getränkegesellschaft y S. Spitz, As. C-309/02** y la **STJUE de 20 de enero de 2005, Glaxosmithkline, As. C-296/03**.

En primer lugar, porque en ambas se invoca un motivo de inadmisión distinto al anterior, a saber: la falta de relación de la petición prejudicial con el litigio principal. Y en segundo lugar, porque en la primera de ellas (STJUE de 4 de febrero de 2005, C-309/02) se presenta ante el Tribunal de Justicia una solicitud de reapertura de la fase oral, cuestión digna de ser señalada.

En cuanto al motivo de inadmisión, se alega en la STJUE de 4 de febrero, C-309/02, que la petición prejudicial es hipotética y que no guarda relación con el litigio principal, debido a que dicha petición tiene su origen en un recurso no admitido de acuerdo a las reglas procesales internas (en este caso alemanas, véase apdo. 25 de la Sentencia). Por su parte, en la STJUE de 20 de enero, C-296/03, los términos de la alegación son prácticamente idénticos. A juicio de *Glaxosmithkline*, no es pertinente la solicitud de pronunciamiento prejudicial, pues no es necesaria para resolver el litigio principal. En otras palabras, también en este caso el motivo de inadmisión invocado es la falta de relación entre la cuestión prejudicial planteada y el litigio principal.

Sea como fuere, la respuesta del Tribunal de Justicia es la misma en ambos casos: declarar la admisibilidad de las peticiones prejudiciales formuladas. Y ello con base a las siguientes razones.

Con carácter general, porque –como es de sobra conocido– el Tribunal de Justicia está obligado a responder a cuantas peticiones prejudiciales se le formulen, salvo motivo o causa justificada y bastante en contrario.

Sin embargo, en los casos de autos, el Tribunal de Justicia no halla elementos que acrediten la existencia de aquella causa, justificada y bastante, que le consentiría inadmitir la petición prejudicial.

En efecto, en el asunto C-309/02, el Tribunal de Justicia afirma que:

> "(…) en atención al reparto de funciones entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, no incumbe a aquél verificar si la resolución por la que se le sometió el asunto fue adoptada de acuerdo con las normas procesales y de organización judicial del Derecho nacional (…). El Tribunal de Justicia debe atenerse a la resolución de remisión dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, siempre que no haya sido anulada en el marco de un recurso previsto, en su caso, por el Derecho nacional (…)".

Algo que no ocurre en el presente caso, pues:

> "(…) de la resolución de remisión se desprende que el *Verwaltungsgericht Stuttgart* estima que procede admitir, al menos parcialmente, el recurso en el litigio principal".

Además, a juicio siempre del Tribunal:

> "(…) existe una relación directa entre, por un lado, las cuatro cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de los artículos 1, 7 y 18 de la Directiva 94/62 y del artículo 28 CE, planteadas con objeto de permitir al órgano jurisdiccional remitente apreciar la compatibilidad de la normativa alemana de que se trata con estas disposiciones, y, por otro lado, el objeto del recurso en el litigio principal, dirigido a que se declare que las demandantes en el procedimiento principal no están obligadas a someterse a las obligaciones de cobrar un depósito y aceptar la devolución individual de sus envases de un solo uso".

Así pues, según el parecer expresado por el Tribunal de Justicia, ni la cuestión es hipotética, ni faltan elementos para colegir su relación con el litigio principal. Por lo que, en este caso, procede admitir la petición de decisión prejudicial formulada por el órgano jurisdiccional interno.

Por su parte, en el asunto C-296/03, tampoco halla el Tribunal de Justicia elementos que le permitan apreciar como cierta la alegación de falta de relación entre el litigio principal y el pronunciamiento prejudicial, y ello porque (apdo. 23 de la Sentencia):

> "(…) en este asunto, el objeto del procedimiento principal se refiere al significado que debe darse al plazo procedimental previsto en el artículo 6 de la Directiva, a la que se adaptó el ordenamiento jurídico belga mediante la Ley refundida de 14 de julio de 1994. Por tanto, la interpretación de la disposición comunitaria tiene una relación clara con el objeto del litigio principal".

En suma, dado que el Tribunal de Justicia está obligado a responder a cualesquiera planteamientos prejudiciales, salvo causa justificada y suficiente para lo contrario. Y puesto que en los asuntos sometidos a su examen, dicha causa o causas no comparecen. La conclusión a que se debe llegar no puede ser otra: admitir y responder a las peticiones prejudiciales formuladas.

Pero la Sentencia STJUE, C-309/02, no es interesante sólo por la invocación de un motivo de inadmisión distinto al examinado en las sentencias anteriores, sino porque el Gobierno alemán y el demandado solicitan también (apdo. 20 de la Sentencia): **la reapertura de la fase oral del procedimiento**.

Es ésta una cuestión procesal al interno del procedimiento prejudicial, que cada vez con mayor frecuencia se re-propone por las partes en litigio. Por ello, hemos creído oportuno repasar algunas nociones básicas acerca de esta temática.

Así, y en primer lugar, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia puede ordenar de oficio, o a propuesta del Abogado General, o también a instancia de las partes, la reapertura de la fase oral (art. 61 de su Reglamento de Procedimiento) si considera que no está suficientemente informado, o que el asunto debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes. En segundo lugar, conviene advertir que estas solicitudes son cada vez más frecuentes al interno del procedimiento prejudicial, por lo

que quizá sería conveniente reflexionar acerca de si la articulación procesal del mecanismo prejudicial es la más acertada en la actualidad. Y en tercer lugar, es necesario señalar que la práctica totalidad de estas peticiones de reapertura son rechazadas por el Tribunal de Justicia, con una ausencia casi total de argumentación en contrario.

De hecho, esto es lo que ocurre en el caso que ahora nos ocupa, donde la petición de reapertura de la fase oral del procedimiento prejudicial es rechazada en los términos siguientes:

> "(…) el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, estima disponer de todos los elementos necesarios para responder a las cuestiones planteadas y que estos elementos han sido debatidos ante él.
>
> Por tanto, procede desestimar las solicitudes del Gobierno alemán y del demandado en el procedimiento principal que tienen por objeto la reapertura de la fase oral del procedimiento".

A nuestro juicio, y pese a que la reapertura de la fase oral del procedimiento prejudicial es una facultad discrecional en manos del Tribunal de Justicia, no estaría de más que el Tribunal nos permitiese conocer, a través de una motivación más extensa, el porqué el propio Tribunal estima disponer de todos los elementos necesarios para responder a las cuestiones que se le plantean. Más aun si tomamos en consideración el principio de transparencia (art. 1 del TUE), en base al cual: "(…) las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible".

Continuando con las cuestiones prejudiciales interpretativas, y en el apartado que tradicionalmente dedicamos al estudio de las **peticiones prejudiciales formuladas por órganos jurisdiccionales españoles**, hay que comenzar afirmando que, al contrario de lo sucedido en otras ocasiones, ha sido éste un período especialmente fecundo.

En efecto, como ya señalábamos al comienzo, hasta tres sentencias comunitarias con origen en juzgados españoles, a saber, STJUE de 16 de diciembre de 2004, Olaso Valero, As. C-520/03; la STJUE de 20 de enero de 2005, García Blanco, As. C-255/02, y la STJUE, también de 20 de enero de 2005, Salgado Alonso, As. C- 306/03.

Comenzando por la más próxima en el tiempo, la **STJUE de 16 de diciembre de 2004, Olaso Valero, As. C-520/03,** tiene por objeto la interpretación de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Más en concreto, se pregunta al Tribunal comunitario: a) Si la indemnización por despido improcedente reclamada está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre de 1980, en la redacción anterior a la operada por la Directiva 2002/74/CE, y b) Si desde la perspectiva del respeto a los principios de igualdad y no discriminación, puede entenderse que la normativa con-

tenida en el artículo 33.2 del TR de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en cuanto exige sentencia o resolución administrativa para que el FOGASA abone las indemnizaciones correspondientes, no es objetivamente razonable y por ello no debe aplicarse.

Interrogantes que fueron planteados en el marco de un litigio entre el Sr. Olaso Valero y el Fondo de Garantía Salarial (en lo sucesivo, "FOGASA"), relativo a la negativa de éste a pagar a aquél, en virtud de su responsabilidad subsidiaria, una indemnización por despido improcedente que había sido pactada en acto de conciliación celebrado entre el citado trabajador y su empresario.

Examinada la normativa comunitaria y la normativa nacional que resulta de aplicación (apdos. 3 a 19 de la Sentencia), el Tribunal de Justicia responde al órgano peticionario en los siguientes términos:

> "En cuanto a la primera cuestión, corresponde al juez nacional determinar si el término 'retribución', tal como lo define el Derecho interno, incluye las indemnizaciones por despido improcedente. De ser así, dichas indemnizaciones están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su redacción anterior a la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987.
>
> Cuando, según la normativa nacional de que se trate, los créditos correspondientes a indemnizaciones por despido improcedente, reconocidos en sentencia o resolución administrativa, estén comprendidos en el concepto de 'retribución', los créditos idénticos, establecidos en un acto de conciliación como el que es objeto del caso de autos, deben considerarse créditos de trabajadores asalariados derivados de contratos de trabajo o relaciones laborales y relativos a la retribución en el sentido de la Directiva 80/987. El juez nacional no debe aplicar una normativa interna que, vulnerando el principio de igualdad, excluye estos últimos créditos del concepto de 'retribución' en el sentido de dicha normativa."

En otras palabras, y aun dejando en manos del juez interno la concreta determinación de si el término "retribución" incluye o no las indemnizaciones por despido improcedente (algo lógico teniendo en cuenta la índole y finalidad del mecanismo prejudicial), el Tribunal de Justicia sentencia que, de ser así: a) la Directiva cuestionada resultaría de aplicación (Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980); b) los créditos resultantes de un acto de conciliación deben considerarse créditos de trabajadores asalariados en el sentido querido por la Directiva anterior, y c) el juez nacional está llamado a inaplicar la norma interna contraria a la normativa comunitaria en tales supuestos.

En lo que aquí interesa, es de destacar esta última consecuencia, resultado de la aplicación al caso del principio de primacía comunitario. Un principio del que, entre otras derivaciones y en caso de conflicto entre la norma interna y la normativa comunitaria, se colige que el juez interno está llamado a inaplicar la norma interna (plenamente vigente) en el supuesto concreto.

En cuanto a las dos segundas, esto es, la STJUE de 20 de enero de 2005, García Blanco, As. C-255/02, y la STJUE de la misma fecha, Salgado Alonso, As. C- 306/03 ambas tienen por objeto sendas peticiones prejudiciales al Tribunal de Justicia relativas al régimen de seguridad social de los trabajadores migrantes.

En la **STJUE de 20 de enero de 2005, García Blanco, As. C-255/02**, la cuestión prejudicial versa sobre la interpretación de los artículos 12, 39 y 42 CE, así como de los artículos 45 y 48, apartado 1, del Reglamento (CEE) núm. 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, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Cuestión prejudicial que fue presentada en el marco de un litigio entre la Sra. Salgado Alonso, por un lado, y el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, por otro, respecto a la liquidación de una pensión de jubilación en virtud de la legislación española.

Al igual que ocurriera en el caso anterior, una vez explorada tanto la normativa comunitaria como la normativa interna susceptible de aplicación, el Tribunal de Justicia concluye afirmando que:

> "Los artículos 39 CE y 42 CE, así como el artículo 45 del Reglamento (CEE) núm. 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, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) núm. 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, modificado a su vez por el Reglamento (CE) núm. 1606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una norma nacional, como la enunciada en la disposición adicional vigésima octava de la Ley General de la Seguridad Social, que no permite a las autoridades competentes de un Estado miembro tener en cuenta, para causar derecho a una pensión de jubilación del régimen nacional, determinados períodos de seguro cubiertos en el territorio de dicho Estado por un trabajador en paro y durante los cuales las cotizaciones por la contingencia de jubilación hayan sido ingresadas por la entidad gestora del seguro de desempleo, y que tales períodos se computen únicamente para calcular el importe de dicha pensión."

En suma, y en este asunto concreto, tanto el INSS como la Tesorería General de la Seguridad Social podrán hacer valer en el seno del proceso principal la normativa nacional contraria a los intereses de la Sra. Salgado Alonso. Ahora bien, en aplicación de las reglas del proceso prejudicial, será el órgano jurisdiccional interno quien deberá determinar las consecuencias que se derivan de lo anterior.

Por último, **la STJUE de 20 de enero de 2005, Salgado Alonso, As. C- 306/03**, y también en relación al sistema de protección de los trabajadores migrantes, resuelve una cuestión prejudicial de interpretación acerca de la petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de los artículos 12 CE, 39 CE y 42 CE, así como de los artículos

45 y 48, apartado 1, del Reglamento (CEE) núm. 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, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad.

En este caso, la cuestión prejudicial tiene su origen en un litigio entre la Sra. García Blanco, por un lado, y el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, por otro, respecto a la liquidación de una pensión de jubilación con arreglo a la legislación española.

Se trata de una sentencia especialmente interesante, en tanto en cuanto, estamos ante un caso de lo que bien podría darse en llamar: *inadmisibilidad sobrevenida*.

En efecto, el órgano jurisdiccional remitente (Juzgado de lo Social núm. 3 de Orense), en tanto en cuanto se resolvía el proceso prejudicial, otorgó la pensión objeto del litigio principal a la Sra. García Blanco. De este modo, y con carácter sobrevenido, desaparece el objeto del pronunciamiento prejudicial.

Ante tal eventualidad, el Tribunal de Justicia (después de recordarnos en los apdos. 26 a 28 de la Sentencia que la finalidad del mecanismo prejudicial no es la de formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas) deja constancia –sin entrar en el fondo del asunto– de que su pronunciamiento resulta de todo punto innecesario, declarando que: "No procede responder a la petición de decisión prejudicial en el asunto C-225/02."

Impecable desde un punto de vista procesal, no podemos sino lamentar que el Tribunal de Justicia no haya tenido oportunidad de pronunciarse sobre el fondo del asunto. Pues, sin duda, no será éste ni el primero ni el último caso sobre pensiones de jubilación de trabajadores migrantes que deberán resolver los órganos jurisdiccionales españoles, y conocer la interpretación del Tribunal de Justicia acerca de esta cuestión hubiese sido de gran ayuda.

Dejando a un lado los pronunciamientos prejudiciales interpretativos, y en lo que concierne ahora a las **cuestiones prejudiciales de validez**, no podemos sino limitarnos a citarlas. Pues, de un lado, ninguna variación experimenta la jurisprudencia del Tribunal en esta materia, y de otro, la respuesta de la Corte Europea ha sido siempre la misma: el examen de la cuestión planteada no ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez de las disposiciones y preceptos cuestionados. Así pues, y a título de simple inventario, mencionaremos las siguientes sentencias:

La **STJUE de 4 de febrero de 2005, Arnold André, As. C-434/02,** cuya petición de decisión prejudicial tiene por objeto la validez del artículo 8 de la Directiva 2001/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco (DO L 194, p. 26).

Le sigue la **STJUE de 14 de diciembre de 2004, Swedish Match y otros, As. C-210/03**. Aquí, la petición de decisión prejudicial tiene por objeto la validez del artículo 8 de la Directiva 2001/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco (DO L 194, p. 26), así como la interpretación de los artículos 28 a 30 CE y la compatibilidad con estas disposiciones y con los principios generales de Derecho comunitario, de la normativa nacional que prohíbe la comercialización de los productos del tabaco de uso oral.

Y por último, la **STJUE de 13 de enero de 2005, Heineken Brouwerijen, As. C-126/04**, cuya petición de decisión prejudicial versa sobre la validez de los Reglamentos (CE) núm. 1269/1999 del Consejo, de 14 de junio de 1999, y 822/2001 del Consejo, de 24 de abril de 2001, por los que se abre un contingente arancelario comunitario para cebada para cerveza del código NC 1003 00 (DO L 151, p. 1, y DO L 120, p. 1, respectivamente). Así como sobre la interpretación del artículo 10 del Reglamento (CEE) núm. 1766/92 del Consejo, de 30 de junio de 1992, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los cereales (DO L 181, p. 21), en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 3290/94 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativo a las adaptaciones y las medidas transitorias necesarias en el sector agrícola para la aplicación de los acuerdos celebrados en el marco de las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay (DO L 349, p. 105) (en lo sucesivo, "Reglamento núm. 1766/92"), y sobre la interpretación de lo dispuesto en el Reglamento (CE) núm. 2023/2001 de la Comisión, de 15 de octubre de 2001, por el que se fijan los derechos de importación en el sector de los cereales (DO L 273, p. 18).

En todos los casos, tal y como señalábamos en párrafos anteriores, el Tribunal de Justicia declara no haber ningún elemento que pueda afectar a la validez de las disposiciones y preceptos cuestionados.

MEDIDAS CAUTELARES

Nada nuevo se atisba en el horizonte jurisprudencial de las medidas cautelares. Es más, en el período de tiempo que comprende esta crónica, ninguna sentencia del Tribunal de Justicia –ni ningún pronunciamiento interno– ha hecho referencia a esta importantísima cuestión. Por lo que, como es lógico, habremos de entender vigentes las reglas jurisprudenciales de sobra conocidas por todos.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

Como viene siendo habitual, señalamos nuevamente que la libre circulación de mercancías se relega en el texto de la Constitución Europea a la Sección 3ª (llamada precisa-

mente "Libre Circulación de Mercancías") del Capítulo I ("Mercado Interior") del Título III ("De la acción y las políticas interiores") de la Parte III de la Constitución Europea (relativo a "De las Políticas y el funcionamiento de la Unión"), o lo que es lo mismo, los artículos III-36 a III-44 de la Constitución Europea. Por ello estimamos conveniente ofrecer la correspondencia numérica entre los artículos de los Tratados actuales y los de la Constitución Europea (que abreviaremos como CEU, en espera de que este u otro acrónimo acabe por arraigar):

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

En el período objeto de análisis (noviembre de 2004 a febrero de 2005) se han dictado un total de cinco sentencias en esta materia. La primera de ellas la **STJCE de 2 de diciembre de 2004, Sala Tercera, As. C-41/02, Comisión contra Países Bajos**, en la cual se analiza una restricción por parte de la normativa holandesa respecto a los alimentos enriquecidos –tan de moda en los últimos tiempos– provenientes de otros Estados miembros. No existe en la normativa comunitaria disposiciones que establecieran los requisitos para poder añadir sustancias nutritivas, como vitaminas y minerales, a los productos alimenticios de consumo corriente, por ello se enjuicia únicamente la normativa holandesa (Ley de 28 de diciembre de 1935 por la que se adoptan disposiciones relativas a la calificación y designación de productos). La Administración holandesa denegó a dos empresas de alimentación, Kellogg's e Inkosport Nederland, la autorización para comercializar en los Países Bajos, respectivamente, cereales para el desayuno enriquecidos con vitamina D y ácido fólico y barras energéticas enriquecidas con ácido fólico, siendo así que estos productos ya se comercializaban legalmente en otros Estados miembros.

La Comisión estimó esta práctica contraria a Derecho Comunitario y el TJCE condenó a los Países Bajos por incumplimiento de las obligaciones del artículo 30 del Tratado CE (actual art. 28 CE), al aplicar una práctica administrativa conforme a la cual los productos alimenticios enriquecidos con vitamina A, vitamina D, ácido fólico, selenio, cobre o zinc, que se producen o comercializan legalmente en otros Estados miembros, sólo pueden comercializarse en los Países Bajos, cuando no son productos sustitutivos ni alimentos restaurados en el sentido del Decreto holandés de aplicación de la Ley de productos ali-

menticios en lo que atañe a la adición de micronutrientes a los productos alimenticios), de 24 de mayo de 1996, si este enriquecimiento responde a una necesidad nutricional de la población neerlandesa y, además, sin que se compruebe si estos productos enriquecidos no están destinados a sustituir a productos ya comercializados y para los que es obligatoria la adición de los mismos nutrientes.

En segundo lugar, la **STJCE de 14 de diciembre de 2004, Gran sala, As. C-463/01, Comisión contra República Federal de Alemania**, en la cual se enjuicia un asunto de medio ambiente y envases. En concreto, la Directiva 94/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 1994, relativa a los envases y residuos de envases (DO L 365, p. 10), en relación con el artículo 28 CE, así como de las disposiciones de la Directiva 80/777/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1980, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre explotación y comercialización de aguas minerales naturales, al haber establecido mediante el Reglamento de 1998 relativo a la prevención y la valorización de los residuos de envases, un sistema de reutilización de los recipientes de los productos envasados en origen con arreglo a la Directiva 80/777.

La normativa alemana (Reglamento relativo a la prevención y la valorización de los residuos de envases, de 21 de agosto de 1998) previó diversas medidas para evitar o reducir el impacto de los residuos de envases sobre el medio ambiente, como la obligación de los distribuidores de cobrar un depósito por el envase. La Comisión estimó que las disposiciones relativas al cobro de un depósito por determinados envases no reutilizables constituían un obstáculo a los intercambios comerciales.

La Directiva 94/62 tiene un doble objetivo: prevenir y reducir el impacto de los envases sobre el medio ambiente y asegurar de esta forma un alto nivel de protección del medio ambiente y, por otro lado, garantizar el buen funcionamiento del mercado interior y evitar los obstáculos comerciales, así como falseamientos y restricciones de la competencia dentro de la Comunidad, (Sentencia de 19 de junio de 2003, Mayer Parry Recycling, C-444/00, Rec. p. I-6163). Si bien el TJCE ha considerado que una disposición nacional mediante la cual un Estado miembro cumple sus obligaciones derivadas de una Directiva no puede calificarse de obstáculo a los intercambios (Sentencias de 25 de enero de 1977, Bauhuis, 46/76; de 23 de marzo de 2000, Berendse-Koenen, C-246/98, Rec. p. I-1777, y Deutscher Apothekerverband[1]), es preciso señalar que la Directiva 94/62 sólo autoriza a los Estados miembros a favorecer los sistemas de reutilización de los envases de conformidad con el Tratado, sin imponer ninguna obligación en este sentido. Según jurisprudencia reiterada, las medidas nacionales que puedan obstaculizar el comercio intracomunitario pueden estar justificadas por exigencias imperativas derivadas de la protección del medio ambiente, siempre que las medidas de que se trate sean proporcionadas al objetivo perseguido (Sentencias de 14 de julio de 1998, Aher-Waggon, C-389/96).

(1) Comentada en el núm. 22 de esta Revista, correspondiente a enero de 2004, pág. 71.

Por ello, el TJCE declaró el incumplimiento por parte de Alemania de las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 94/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 1994, relativa a los envases y residuos de envases, en relación con el artículo 28 CE, al haber establecido el Reglamento alemán relativo a la prevención y la valorización de los residuos de envases, un sistema de reutilización de los recipientes de los productos envasados en origen con arreglo a la Directiva 80/777/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1980, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre explotación y comercialización de aguas minerales naturales.

De la misma fecha que la anterior y enjuiciando la misma normativa comunitaria encontramos la **STJCE de 14 de diciembre de 2004, Gran Sala, As. C-309/02, Radlberger y S. Spitz**, en la cual se analiza una cuestión prejudicial sobre la directiva 94/62/CE. Las demandantes eran empresas que exportan a Alemania, en envases de un solo uso de refrescos con gas, zumos de frutas y otras bebidas no gaseosas, así como agua de mesa. A efectos de la valorización de estos envases, se adhirieron al sistema integrado de gestión de residuos explotado por la sociedad "Der Grüne Punkt" (El punto verde), por lo que fueron eximidas de la obligación de cobrar el depósito que hemos visto en la sentencia anterior. Al tribunal se le plantearon diversas cuestiones sobre la interpretación de determinados artículos de la Directiva que fueron respondidas de la siguiente manera:

1ª) El artículo 1.2 de la Directiva 94/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 1994, relativa a los envases y residuos de envases, no se opone a que los Estados miembros introduzcan medidas destinadas a favorecer los sistemas de reutilización de los envases.

2ª) El artículo 7 de la Directiva 94/62, pese a no otorgar a los fabricantes ni a los distribuidores afectados ningún derecho a continuar participando en un sistema determinado de gestión de los residuos de envases, se opone a la sustitución de un sistema integrado de recogida de tales residuos por un sistema de cobro de un depósito y devolución individual cuando el nuevo sistema no sea igualmente adecuado para alcanzar los objetivos de dicha Directiva o cuando el paso a este nuevo sistema no se haga sin ruptura y sin poner en peligro la posibilidad de que los agentes económicos de los sectores afectados participen efectivamente en el nuevo sistema a partir de la entrada en vigor de este último.

3ª) El artículo 28 TCE se opone a una normativa nacional, como el Reglamento alemán relativo a la prevención y la valorización de los residuos de envases, cuando establece la sustitución de un sistema integrado de recogida de los residuos de envases por un sistema de cobro de un depósito y devolución individual sin que los fabricantes y distribuidores afectados dispongan de un plazo de transición razonable para adaptarse a él ni se les garantice que, en el momento de la sustitución del sistema de gestión de los residuos de envases, puedan efectivamente participar en un sistema que funcione correctamente.

En cuarto lugar, la **STJCE de 13 de enero de 2005, Sala Sexta, As. C-38/03, Comisión contra Bélgica,** analiza la normativa belga que excluía determinas sillas de ruedas destinadas a personas con movilidad reducida, de la posibilidad de ser abonadas por el

sistema de Seguridad Social belga. La Comisión estimó que estos criterios suponían una restricción injustificada a la libertad de circulación de mercancías. El TJCE estimó también el incumplimiento por parte de Bélgica de las obligaciones del artículo 28 del TCE al definir los criterios técnicos de las sillas de ruedas para que éstas sean reembolsadas por la Seguridad Social, y hacerlo de manera tal que queden excluidas de la lista sillas de ruedas provistas de la marca "CE", y que no responden a criterios relativos, principalmente, el diámetro de las ruedas, el recubrimiento y el forro del asiento, los apoya-cabezas, los reposapiés o los reposapiernas. También es incumplimiento el hecho de definir criterios más genéricos a los cuales la empresa debe responder para ser admitida en la lista de sillas de ruedas reembolsables, así como por el hecho de fijar una actualización demasiado rígida de la lista de aparatos admitidos al sistema de reembolso.

Por último, la **STJCE de 13 de enero de 2005, Sala Primera, As. C-145/02, Denkavit**, resuelve una cuestión prejudicial en la cual se solicita la interpretación de la Directiva 70/524/CEE del Consejo, de 23 de noviembre de 1970, sobre los aditivos en la alimentación animal, modificada por la Directiva 84/587/CEE del Consejo, de 29 de noviembre de 1984.

A tenor del artículo 12 de la Directiva 70/524: "1. Los Estados miembros dispondrán que los alimentos complementarios no podrán contener, teniendo en cuenta la dilución prevista para su utilización, contenidos en aditivos enumerados en la presente Directiva superiores a los que se fijan para los piensos compuestos completos para animales. Los Estados miembros podrán disponer que los contenidos de los alimentos complementarios (...) en vitamina D (...) podrán rebasar los contenidos máximos fijados para los piensos compuestos completos en los casos siguientes: (...)".

Denkavit es una empresa que distribuye en Alemania un pienso complementario para lechones. Según su etiquetado y las menciones contenidas en el modo de empleo, sólo debe administrarse después de haber sido mezclado con piensos simples en una proporción de uno a siete. El pienso es fabricado por la sociedad neerlandesa que pertenece al mismo grupo de empresas que Denkavit. De la resolución de remisión se desprende que dicho producto se atiene a la legislación neerlandesa en materia de piensos complementarios para animales. Sin embargo, no es conforme con las disposiciones alemanas en la materia.

Para el TJCE, lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva 70/524, de 23 de noviembre de 1970, sobre los aditivos en la alimentación animal, modificada por la Directiva 84/587/CEE del Consejo, de 29 de noviembre de 1984, en relación con el artículo 19 de la misma Directiva, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una medida mediante la que un Estado miembro prohíbe, por razón de su contenido en vitamina D, la comercialización en su territorio de un pienso complementario para animales producido legalmente en otro Estado miembro conforme al artículo 12, apartado 1, de dicha Directiva.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) Libre prestación de servicios

Con carácter previo y como ya hiciéramos 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 artículos III-29 a III-35 del texto de la Constitución Europea. Por ello, ofrecemos una tabla de las equivalencias entre el texto del actual TCE y el nuevo texto de la Constitución Europea (que abreviaremos como CEU, en espera de que este u otro acrónimo acabe por arraigar).

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 (noviembre de 2004 a febrero de 2005) se ha dictado una sola Sentencia sobre esta materia, pero de enorme incidencia para los ciudadanos. Nos referimos a la **STJCE de 25 de noviembre de 2004, Sala Primera, As. C-109/03, KPN Telecom**, en la que se somete al Tribunal una cuestión prejudicial del artículo 6.3 de la Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo. Según este artículo, para garantizar la puesta a disposición de todos los abonados de los números que forman el listín telefónico así como de un servicio de consulta de dichos números, los Estados miembros velarán por que todos los organismos que asignan números de teléfono a los abonados den curso a todas las solicitudes razonables de facilitar la información pertinente en un formato aprobado y en unas condiciones equitativas, orientadas en función de los costes y no discriminatorias. Existe también el derecho reconocido a no figurar en la guía telefónica.

La cuestión prejudicial se suscitó en el marco de un litigio entre la empresa KPN Telecom BV y la neerlandesa Autoridad independiente de correos y telecomunicaciones, en relación con la puesta a disposición, en beneficio de empresas privadas, de determinada información para la elaboración de guías telefónicas por parte de dichas empresas.

Concretamente, KPN se dedicaba a elaborar guías telefónicas en papel y electrónicas, presentadas en un primer momento en CD-ROM y destinadas a ser publicadas más tarde en Internet.

A la necesidad de información de los usuarios corresponde asimismo el derecho no sólo a figurar en una guía sino también a solicitar la supresión total o parcial de determinados datos que aparezcan en ella. Igualmente, la Directiva se remite expresamente a determinadas disposiciones comunitarias dirigidas a la protección de los datos personales y la intimidad. Por otra parte, como ha declarado el Tribunal de Justicia, de esta disposición resulta un principio según el cual cada operador gestiona la lista de aquellos de sus propios abonados que no desean figurar en la lista universal y no comunica el nombre de dichos abonados al editor de la guía telefónica (sentencia de 6 de diciembre de 2001, Comisión/Francia, C-146/00, Rec. p. I-9767, apartado 68). Por ello, el TJCE declaró que:

1º) El artículo 6.3 de la Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo, debe interpretarse en el sentido de que la expresión "información pertinente" se refiere únicamente a los datos relativos a los abonados que no hayan manifestado su oposición a figurar en una lista publicada y que son suficientes para que los usuarios de una guía telefónica puedan identificar a los abonados que buscan. Dichos datos incluyen, en principio, el nombre y la dirección, junto con el código postal, de los abonados, así como el número o números de teléfono que les ha asignado el organismo de que se trate. No obstante, los Estados miembros pueden establecer que se pongan a disposición de los usuarios otros datos cuando, habida cuenta de las condiciones nacionales específicas, parezcan necesarios para la identificación de los abonados.

2º) Que el artículo 6.3 de la Directiva 98/10, en la medida en que establece que la información pertinente se facilitará a terceros en unas condiciones equitativas, orientadas en función de los costes y no discriminatorias, ha de interpretarse en el sentido de que:

– Respecto a datos como el nombre y la dirección de las personas, así como el número de teléfono que se les ha asignado, el proveedor del servicio universal únicamente puede facturar los costes relativos a la puesta a disposición efectiva de terceros de dichos datos.

– Respecto a datos adicionales que tal proveedor no está obligado a poner a disposición de terceros, éste tiene derecho a facturar los costes adicionales que ha debido soportar para obtener esos datos, excepto los costes relativos a dicha puesta a disposición, siempre que se garantice que dichos terceros no recibirán un trato discriminatorio.

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	Texto de la Constitución Europea
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 (noviembre de 2004 a febrero de 2005), se ha producido únicamente una sentencia sobre la materia, que resuelve sin embargo, dos asuntos similares acumulados. Nos referimos a la **STJCE de 18 de noviembre de 2004, Sala Primera, As. C-10/02 y C-11/02, Anna Fascicolo y otros**, en la que se resuelve una cuestión prejudicial cuyo objeto fue la interpretación del artículo 36.2 de la Directiva 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos, en su versión modificada por última vez por la Directiva 1999/46/CE de la Comisión, de 21 de mayo de 1999, disposición que sustituyó al artículo 7.2 de la Directiva 86/457/CEE del Consejo, de 15 de septiembre de 1986, relativa a una formación específica en medicina general. Según el mencionado artículo 36.2, "Cada Estado miembro determinará los derechos adquiridos. Sin embargo, cada Estado miembro deberá considerar como adquirido el derecho a ejercer las actividades de médico generalista en el marco de su régimen nacional de seguridad [social] sin el diploma, certificado u otro título contemplados en el artículo 30, por todos los médicos que tengan dicho derecho el 31 de diciembre de 1994 en virtud de los artículos 1 a 20 y que estén establecidos en dicha fecha en su territorio, habiéndose beneficiado de lo dispuesto en el artículo 2 o en el apartado 1 del artículo 9".

El litigio en sí se produjo como consecuencia de que, en determinadas plazas que deben proveerse en zonas deficitarias, ciertos médicos que, además de poseer el certificado de formación específica en medicina general exigido por la normativa italiana (Decreto Legislativo 256/1991), tenían derecho a ejercer la medicina en el marco del régimen nacional de la seguridad social el 31 de diciembre de 1994, intentaron presentar sus candidaturas tanto a las plazas reservadas a los médicos titulares de dicho certificado como a las correspondientes a los médicos que poseían el título equivalente. Por otra parte, estos médicos trataron de obtener los doce puntos asignados a los titulares de dicho certificado, aun cuando presentaban su candidatura en el marco de la cuota de plazas reservadas a aquellos que poseían el título antes mencionado.

La Directiva 93/16/CEE reconoce a cada Estado miembro la facultad discrecional de determinar los derechos adquiridos, facultad que sólo está sujeta a un requisito: que cada Estado miembro reconozca el derecho adquirido de los médicos que, a pesar de no ser titulares del diploma de médico generalista, se han beneficiado antes del 1 de enero de 1995 del reconocimiento, en dicho Estado miembro, de los efectos de los diplomas, certificados u otros títulos expedidos en su favor en otro Estado miembro y han obtenido en éste, también antes de aquella fecha, el derecho a ejercer las actividades de médico generalista en el marco del régimen nacional de seguridad social (véase la sentencia de 16 de octubre de 1997, Garofalo y otros, asuntos acumulados C-69/96 a C-79/96, Rec. p. I-5603, apartados 29 y 30).

1º) Para el TJCE, en lo que se refiere al acceso a las plazas de médicos generalistas, el artículo 36.2 de la Directiva 93/16/CEE, no obliga a los Estados miembros a considerar que la habilitación obtenida antes del 1 de enero de 1995 para ejercer la actividad de médico generalista en el marco del sistema sanitario nacional es equivalente a la obtención del certificado de formación específica en medicina general.

2º) El artículo 36.2 de la Directiva 93/16 no se opone a que los Estados miembros concedan a los médicos que sean titulares del certificado de formación en medicina general y, al mismo tiempo, estuvieran habilitados para el ejercicio de la actividad de médico generalista en el marco del sistema sanitario nacional el 31 de diciembre de 1994:

– la reserva de un número de plazas mayor que el asignado a los médicos que poseen dicho certificado o a los médicos habilitados, respectivamente, permitiéndoles presentar su candidatura al mismo tiempo a las dos categorías de plazas reservadas;

– un trato aun más favorable al otorgarles el número de puntos adicionales asignados por la obtención del certificado antes mencionado cuando presentan su candidatura en el marco de la cuota de plazas reservadas a los médicos habilitados para ejercer la profesión el 31 de diciembre de 1994.

C) Libre circulación de trabajadores

a) Ámbito de aplicación

La interesante **STSJ de 16 de noviembre de 2004, My, As. C-293/03,** analiza la cuestión de si la situación de un ciudadano comunitario que ha trabajado para las instituciones comunitarias está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 39 CE. En este sentido, la citada sentencia resuelve una cuestión prejudicial en la que el órgano remitente cuestionaba que una legislación nacional que no computa los años de actividad laboral prestados en una institución comunitaria para calcular los años de actividad precisos para obtener una pensión de jubilación anticipada fuera compatible, entre otros artículos, con el artículo 39 CE.

En su sentencia, el Tribunal de Justicia declara que no es aplicable el artículo 39 CE a la situación descrita, pero que el artículo 10 CE, en relación con el Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no permite que se computen los años de trabajo que un nacional comunitario haya cumplido al servicio de una institución comunitaria, en orden al reconocimiento de un derecho a pensión de jubilación anticipada en virtud de régimen nacional.

En efecto, en el supuesto de hecho, el interesado desempeñó todas sus actividades profesionales en el territorio belga: en un primer momento, en calidad de trabajador por cuenta ajena de distintas sociedades belgas y, en un segundo momento y hasta la edad de la jubilación, como funcionario del Consejo. Por ello, el Tribunal reitera su jurisprudencia según la cual las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de los trabajadores no pueden aplicarse a unas situaciones puramente internas de un Estado miembro.

No obstante, la Comisión había alegado que el período de actividad laboral en un servicio público internacional, como la Unión Europea, debía asimilarse a un período de actividad en el servicio público de otro Estado miembro. Sin embargo, el Tribunal de Justicia niega dicha asimilación, ya que:

> "Según se desprende de los puntos 85 a 89 de las conclusiones del Abogado General, una ficción jurídica de esta índole no puede encontrar apoyo en las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de los trabajadores".

En síntesis, en dichas Conclusiones se afirmaba que en la medida en que las instituciones comunitarias no son un Estado miembro, aceptar un puesto de trabajo en las mismas no comporta necesariamente un cruce de fronteras estatales. Así, lo que el trabajador atravesaría en estos casos no son "fronteras físicas" sino "fronteras jurídicas", levantadas y definidas por el particular *status* de las instituciones comunitarias y de su ordenamiento jurídico, y más en particular, en el presente asunto, por la específica naturaleza de la relación laboral con las mismas.

En cualquier caso, como ya he adelantado, el TJCE considera que la legislación controvertida es contraria al Derecho comunitario, habida cuenta del deber de cooperación y de asistencia leales que recae sobre los Estados miembros con respecto a la Comunidad y que halla su expresión en la obligación, impuesta por el artículo 10 CE, de facilitar a ésta el cumplimiento de su misión. Ello es así porque:

> "una normativa nacional como la que se cuestiona en el asunto principal puede obstaculizar y, por lo tanto, desalentar el ejercicio de una actividad profesional en una institución de la Unión Europea en la medida en que, cuando un trabajador, que ha estado afiliado a un régimen nacional de pensiones, acepta un empleo en tal institución, corre el riesgo de perder la posibilidad de disfrutar, con arreglo al citado régimen, de una prestación de vejez a la que habría tenido derecho en caso de no haber aceptado tal empleo (aparado 27)".

D) Libre circulación de capitales

La **STJCE de 9 de diciembre de 2004, Comisión c. España, As. C-219/03,** ha declarado que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que el incumben en virtud de los artículos 49 y 56 CE, al haber mantenido en vigor, por lo que se refiere a la imposición de plusvalías obtenidas a partir del 1 de enero de 1997 para la transmisión de acciones adquiridas antes del 31 de diciembre de 1994, un régimen fiscal que es menos favorable para las acciones cotizadas en mercados distintos de los mercados regulados españoles que para las acciones cotizadas en éstos. La motivación de la sentencia se limita a poner de manifiesto que se ha constatado que al final del plazo del dictamen motivado las autoridades españolas no habían modificado las disposiciones impugnadas por la Comisión.

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) Acerca de la carencia de legitimación de los órganos de las Comunidades Autónomas *ex* art. 32.2 LOTC. B) Recurso de amparo. a) Es procedente la vía del art. 42 LOTC para impugnar resoluciones parlamentarias que desarrollen el reglamento de la Cámara. b) Es suficiente una invocación genérica de un derecho *ex* art. 44.1.c) LOTC cuando éste es pluridimensional (art. 24.1 CE). c) El empleo de recursos no previstos legalmente para el caso a fin de no incurrir en falta de agotamiento [art. 44.1.a) LOTC] produce, sin embargo, extemporaneidad [art. 44.2 LOTC]. d) La subsanación de la falta de requisitos determinados en el art. 49.2 LOTC puede realizarse, si así lo considera el TC, en fase de Sentencia. e) Inadmisión de la demanda por desestimación del fondo del asunto en anterior Sentencia de amparo en un supuesto exactamente idéntico [art. 50.1.d) LOTC]. f) El contenido exigible vía art. 55 LOTC no contempla, en el pronunciamiento del TC en amparo, la indemnización por daños y perjuicios. g) No se dan las circunstancias exigibles en el art. 86.1 LOTC para dar por concluido el proceso constitucional de amparo, pues no se detecta una carencia sobrevenida del objeto. C) Cuestión de inconstitucionalidad. a) El trámite de audiencia previa del art. 35.2 LOTC es una exigencia que va más allá del mero trámite y su inobservancia provoca inadmisión de la Cuestión. b) La pérdida de vigencia de los preceptos cuestionados no implica que el Tribunal Constitucional deje de entrar en el examen de las vulneraciones aducidas. c) La exigencia de motivación a la hora de plantear la Cuestión del art. 35 LOTC impide impugnaciones globales y carentes de una razón suficientemente desarrollada. d) Una novedosa interpretación del art. 39.2 LOTC deriva en la inaplicabilidad de la norma cuestionada y estimada por el TC, cuando se altera el orden de competencias contenido en la Constitución y los Estatutos [art. 9.3 CE]. e) Una norma reglamentaria autonómica, que es la relevante en el proceso, genera por elevación, una Cuestión de Inconstitucionalidad sobre una Ley estatal. **3. Conflictos competenciales.** A) Autonomía

financiera: límites derivados de la prohibición de doble imposición (art. 6.3 LOFCA). Gravamen sobre bienes generadores de riesgo para la protección civil. B) Condiciones básicas de igualdad de todos los ciudadanos (art. 149.1.1 CE): ¿una competencia concurrente? Regulación autonómica de obligaciones de cesión de aprovechamiento del suelo en ausencia de norma estatal. C) Legislación penal y procesal (art. 149.1.6 CE): alcance en la justicia de menores. D) Comercio interior: la fijación autonómica de calendario y horarios comerciales sólo es posible si previamente ha asumido competencias de desarrollo legislativo en la materia.

1. INTRODUCCIÓN

En el período objeto de la crónica se debe destacar, por ser la segunda que se produce, la **Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre**, que será analizada en el Capítulo de Derechos Sustantivos. Asimismo, son de destacar la **Sentencia 254/2004, de 22 de diciembre**, que concreta el efecto de la estimación de una Cuestión de Inconstitucionalidad planteada por el TSJ de Madrid contra la Ley 4/1994, de la Comunidad de Madrid, de calendario y horarios comerciales, y la **STC 255/2004, también de 22 de diciembre**, que acepta que cuando un Reglamento reproduzca un artículo contenido en una ley se pueda elevar la Cuestión de inconstitucionalidad frente a ambos.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de inconstitucionalidad

a) Acerca de la carencia de legitimación de los órganos de las Comunidades Autónomas *ex* artículo 32.2 LOTC

En la **STC 194/2004, de 4 de noviembre**, Pleno, que sustancia un recurso de inconstitucionalidad acumulado planteado por ejecutivos y legislativos autonómicos contra la Ley 41/1997, de 5 de noviembre, que modifica la anterior relativa a la conservación de espacios naturales, se plantea por el Abogado del Estado óbice procesal por carencia de legitimación de los órganos autonómicos al no afectar la norma enjuiciada el ámbito de autonomía de las CCAA recurrentes, ni tener conexión material con las competencias de dichas autonomías. El TC reitera, en el FJ 2º su jurisprudencia mantenida desde 1982 acerca de la extensión a los supuestos que exista un punto de conexión material entre la ley estatal y el ámbito competencial, lo que en definitiva desactiva el contenido literal del restrictivo art. 32 de la LOTC. Sin embargo, el TC en el mismo Fundamento rechaza la legitimación de las Cortes de Aragón para impugnar las Disposiciones Adicionales Pri-

mera y Cuarta de la Ley pues no se produce conexión material al no afectar al territorio de la CA de Aragón (siendo parques afectos territorialmente a Cataluña) pues no hay en el análisis de la impugnación reproche de invasión competencial, teniendo un mero alcance retórico, conducente a reforzar la argumentación de fondo del recurso (debe ser la normativa autonómica la que regule la gestión de los parques nacionales que se localicen en su territorio, que es precisamente lo que se suscita en dichas Disposiciones Adicionales).

B) Recurso de amparo

a) Es procedente la vía del artículo 42 LOTC para impugnar resoluciones parlamentarias que desarrollen el reglamento de la Cámara

En las **SSTC 226/2004 y 227/2004, ambas de 29 de noviembre**, Sala Primera, también comentadas en el Capítulo de Derechos Fundamentales, se resuelve y estima amparo contra resoluciones de órganos del Parlamento de Galicia tendentes a disolver una Comisión no permanente de investigación (catástrofe del petrolero "Prestige"). En el FJ 1º se determina que el procedimiento es el del art. 42 LOTC, amparo contra actos y decisiones sin valor de ley de las Asambleas Legislativas, expresión *ad intra* de su autonomía que afectan a un derecho o libertad susceptible de ser protegido en amparo, en la línea de respeto a la autonomía parlamentaria, sólo limitada por la excepcionalidad que supone la infracción de derechos fundamentales, en este caso, el art. 23 CE. Se reitera por parte del TC la Jurisprudencia sentada desde la STC 119/1990 acerca de la procedencia para impugnar vía amparo resoluciones tendentes a desarrollar con vocación de permanencia el reglamento parlamentario. Tal jurisprudencia significó el abandono de la anterior que determinaba la procedencia del recurso de inconstitucionalidad para la impugnación de estas resoluciones parlamentarias. En ambas Sentencias el Magistrado Rodríguez Zapata formula **Voto Particular** resaltando, entre otras cuestiones, lo peligroso que puede ser una jurisprudencia constitucional que mute el sentido de amparo en una suerte de contencioso parlamentario circunscrito a una simple control de legalidad de las normas que emanan de las distintas fuentes de derecho parlamentario, tomando como modelo rector el esquema clásico Ley-Reglamento propio del recurso contencioso-administrativo.

b) Es suficiente una invocación genérica de un derecho *ex* artículo 44.1.c) LOTC cuando éste es pluridimensional (artículo 24.1 CE)

En la **STC 172/2004, de 18 de octubre**, Sala Segunda, se plantea un amparo contra Sentencias de la Sala de lo Social del TSJ y de un Juzgado de lo Social de Madrid alegando vulneración de la Tutela Judicial por voluntarismo, irracionalidad y falta de motivación al considerar éstas aplicable el derecho uruguayo en un despido de un trabajador de la UGT del consulado español de Montevideo que utilizaba los medios del Consulado para falsificar documentos a futbolistas uruguayos en una labor de intermediación (deslealtad y abuso de confianza). El TC, en su FJ 2º, inadmite el óbice procesal de falta de invocación por haber sólo referido en su día la falta de motivación y no las otras dos facetas del derecho del art. 24.1 alegadas en la demanda de amparo, pues las tres dimensiones de la tutela están íntimamente relacionadas entre sí y manifestada en la decisión inmotivada de

un juez de considerar sólo aplicable el caso uruguayo, quedando la vertiente constitucional del problema, con mayor o menor rigor técnico y de forma más o menos precisa, suficientemente formulada y en términos identificables al órgano judicial, por lo que no es admisible una escisión de las facetas de la tutela judicial que obligue al TC a entrar a conocer sólo alguna de ellas y no la vulneración del derecho en su conjunto.

c) El empleo de recursos no previstos legalmente para el caso a fin de no incurrir en falta de agotamiento [artículo 44.1.a) LOTC] produce, sin embargo, extemporaneidad (artículo 44.2 LOTC)

En la **STC 185/2004, de 2 de noviembre**, Sala Primera, se inadmite por extemporaneidad un amparo contra resoluciones del TS y de la Audiencia Provincial de Madrid derivadas de un litigio sobre impugnación de acuerdos sociales. El TC, en sus FFJJ 3º y siguientes, afirma que la improcedencia del recurso ha de ser evidente, es decir, constatable *prima facie*, sin intervención de dudas interpretativas que sea necesario despejar por criterios hermenéuticos no absolutamente indiscutibles. De este modo, el TC no considera manifiestamente improcedente la presentación de un incidente de nulidad de actuaciones contra un Auto que declaraba desierto el recurso de apelación, por un problema de error que induce a una falta de personación. Sin embargo, sí es improcedente el de casación y queja, pues debe calificarse su interposición como una prolongación artificial de la vía judicial, sin que quepa ninguna vía interpretativa pues ya ha manifestado en anterior jurisprudencia el TC que, contra la resolución que declara desierta una apelación no cabe recurso alguno ante la falta de personación del apelante dentro del plazo de emplazamiento, como así deja claro la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 840).

d) La subsanación de la falta de requisitos determinados en el artículo 49.2 LOTC puede realizarse, si así lo considera el TC, en fase de Sentencia

En la **STC 252/2004, de 20 de diciembre**, Sala Segunda, se estima amparo contra Sentencia de la Sala de lo Social del TS, consecuencia última de un largo proceso de pérdida de puesto de trabajo derivado de sanción firme de suspensión de empleo y sueldo a un facultativo del Servicio Gallego de Salud. El TC, inadmite, entre otros, en su FJ 2º, el óbice procesal de existencia de defectos en la demanda de amparo cual era el no acompañamiento de la certificación de la resolución recaída en el procedimiento judicial. Para el TC "los defectos insubsanables de que pueda estar afectada una demanda de amparo no resultan subsanados porque haya sido inicialmente admitida a trámite, pudiendo acordarse por este Tribunal, incluso de oficio, el examen de los presupuestos de procedibilidad de la demanda de amparo en fase de Sentencia para legar, en su caso, y si tales defectos son apreciados, a la declaración de inadmisión del recurso o del motivo del recurso afectado por dichos defectos". Lo que ocurre en este caso es que el demandante, aun incumpliendo el art. 49 LOTC, subsanó el defecto en el plazo concedido por el TC, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.5 LOTC.

e) Inadmisión de la demanda por desestimación del fondo del asunto en anterior Sentencia de amparo en un supuesto exactamente idéntico [artículo 50.1.d) LOTC]

En la **STC 188/2004, de 2 de noviembre**, Sala Segunda, se otorga amparo contra Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid sobre libertad sindical. El TC despeja varios óbices procesales (FJ 2º), entre ellos, la falta de idoneidad de la aplicación del art. 50.1.c) LOTC a fin de que sea inadmitida la demanda, pues no cabe apreciar que en la STC 308/2000, de 18 de diciembre, este Tribunal haya desestimado en el fondo un supuesto sustancialmente igual al ahora planteado, pues en el actual caso los sindicalistas están confrontados en su actividad sindical con la empresa, cosa que no ocurría en el caso anterior, ni existe identidad en los hechos ni en la vulneración de derechos, afectando la actual demanda al art. 28.1 CE y, en el caso precedente, además al art. 24.1 CE, por lo que es, para el TC, evidente que existe una clara divergencia en el caso de autos y el señalado por la empresa donde trabajaban los demandantes, lo que impide la inadmisión de este reparo procesal.

f) El contenido exigible vía artículo 55 LOTC no contempla, en el pronunciamiento del TC en amparo, la indemnización por daños y perjuicios

En la **STC 167/2004, de 4 de octubre**, Sala Segunda, se desestima amparo contra Sentencia en apelación de la Audiencia Provincial de Córdoba relativa a una condena por responsabilidad profesional de un procurador. El demandante pide, conexo al otorgamiento del amparo, una indemnización por daños y perjuicios. El TC, en su FJ 2º, concluye que no resulta acorde con la naturaleza del amparo que éste se convierta en una nueva instancia, puesto que "la petición de indemnización no se corresponde con ninguno de los pronunciamientos que este Tribunal Constitucional puede efectuar al resolver los recursos de amparo, según enumera el art. 55 de la propia Ley (STC 37/1982)", ya que el derecho a ser indemnizado "no es en sí mismo directamente invocable, y menos cuantificable en la vía de amparo constitucional, al no ser competente para ello el Tribunal Constitucional, según se deduce del art. 58 LOTC y no ser incluible en los pronunciamientos del art. 55 de dicha Ley Orgánica". Esta cuestión, no obstante, dista de ser evidente, pues en la doctrina científica se discute sobre la conveniencia de extender los pronunciamientos del TC a la determinación de una indemnización al estilo del Tribunal Europeo de Estrasburgo como garantía o reposición de los derechos fundamentales vulnerados.

g) No se dan las circunstancias exigibles en el artículo 86.1 LOTC para dar por concluido el proceso constitucional de amparo, pues no se detecta una carencia sobrevenida del objeto

En la **STC 181/2004, de 2 de noviembre**, Sala Primera, se desestima amparo contra Auto del pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que declaró procedente la extradición del demandante a Venezuela. El TC no acepta que la suspensión de la extradición signifique la pérdida del objeto pues ésta no está concluida ni anulada. El TC, en su FJ 2º, considera que aunque la pérdida del objeto no se encuentra contemplada en los casos especificados en el art. 86.1 LOTC, ha sido admitida por el Tribunal como causa de terminación del proceso de amparo, pero en este caso, como hemos apuntado, ni hay retirada

de la demanda de extradición ni desistimiento del demandante de amparo, por lo que no se da ninguna de las circunstancias que permitirían abordar una pérdida del objeto, lo que obliga a concluir que el presente proceso constitucional no ha experimentado una carencia sobrevenida del objeto y, por lo tanto, es preciso abordar el examen de las quejas formuladas, lo que se comenta en el apartado de Derechos Fundamentales.

C) Cuestión de inconstitucionalidad

a) El trámite de audiencia previa del artículo 35.2 LOTC es una exigencia que va más allá del mero trámite y su inobservancia provoca inadmisión de la Cuestión

En la **STC 204/2004, de 18 de noviembre**, Pleno, se inadmite Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas planteadas por la Audiencia Provincial de Barcelona contra Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria. En esta Cuestión, el Fiscal General del Estado opone a la admisión de la Cuestión el incumplimiento del trámite de audiencia previa a las partes. El TC, en su FJ 2º, estima la pertinencia del planteamiento del Fiscal al considerar que este requisito es de esencial exigencia, más allá de un mero trámite, pues permite conocer con rigor la opinión de los sujetos interesados sobre la oportunidad o pertinencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad. En el presente supuesto no se toman en consideración las alegaciones del Fiscal, sino que, además se ha realizado mediante un Auto que es de fecha anterior a la del trámite de audiencia al Ministerio Público.

b) La pérdida de vigencia de los preceptos cuestionados no implica que el Tribunal Constitucional deje de entrar en el examen de las vulneraciones aducidas

En la **STC 242/2004, de 16 de diciembre**, Pleno, se desestiman Cuestiones de Inconstitucionalidad acumuladas contra diversas disposiciones de la Ley de la Comunidad de Madrid de Presupuestos Generales para el año 1986. El TC, en su FJ 3º, reitera su jurisprudencia en relación a que no padece el objeto del presente proceso constitucional por el hecho de que los preceptos de la Ley autonómica cuestionada hayan perdido, a la fecha de hoy, su vigencia. "Es nuestra doctrina, prosigue el TC, que en las Cuestiones de Inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso, como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que la norma cuestionada, tras esa derogación o modificación, no sólo resulte aplicable en el proceso *a quo* sino también que de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo". En este caso y a la luz de la jurisprudencia citada por el TC, hay que concluir que el presente proceso no ha perdido su objeto, dado que los preceptos enjuiciados resultan aplicables en los procesos contencioso-administrativos que han originado el planteamiento de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad.

c) La exigencia de motivación a la hora de plantear la Cuestión del artículo 35 LOTC impide impugnaciones globales y carentes de una razón suficientemente desarrollada

En la **STC 245/2004, de 16 de diciembre**, Pleno, se inadmiten Cuestiones de Inconstitucionalidad planteadas por la Sección Séptima de la Sala de lo CA de la Audiencia Nacional contra el art. 1 del Real Decreto-Ley 2/1996, de 26 de enero, sobre determinadas prestaciones patrimoniales de carácter público gestionadas por la Administración General del Estado. En su FJ 3º el TC se hace eco de que la exigencia del art. 35 LOTC no sólo significa que se especifique la cita del precepto cuestionado, sino que, además, el órgano judicial exteriorice en el Auto el razonamiento que le ha llevado a cuestionar la constitucionalidad de la norma aplicable. No puede el juez ni remitirse a las dudas que sobre la constitucionalidad de una norma hayan expresado las partes, ni limitarse a manifestar la existencia de su propia duda sin aducir las razones que la abonan, pues ni las partes de un proceso ordinario están legitimadas para proponer la Cuestión ante el Tribunal Constitucional, ni la decisión de éste es posible sino como respuesta a las razones por las que los órganos del poder judicial vienen a dudar, en un caso concreto, de la congruencia ente la Constitución y una norma con rango de Ley.

d) Una novedosa interpretación del artículo 39.2 LOTC deriva en la inaplicabilidad de la norma cuestionada y estimada por el TC, cuando se altera el orden de competencias contenido en la Constitución y los Estatutos (artículo 9.3 CE)

En la **STC 254/2004, de 22 de diciembre**, Pleno, se estima parcialmente la inconstitucionalidad de la Ley 4/1994 de la Comunidad de Madrid sobre calendario y horarios comerciales (derivado de un recurso contencioso contra una sanción a un comerciante por abrir en día feriado no autorizado) declarando el TC el efecto de inaplicabilidad de las normas declaradas inconstitucionales. El art. 39.1 de la LOTC determina taxativamente que la declaración de inconstitucionalidad conlleva la declaración de nulidad de los preceptos impugnados. Pues bien, el FJ 8º de la Sentencia determina que se hace necesario precisar el alcance del juicio de inconstitucionalidad sobre un doble orden de consideraciones. De un lado, el hecho de que en muchas ocasiones los motivos de inconstitucionalidad de la Ley que se plantean obedecen a una alteración del orden competencial entre la Constitución y los Estatutos de Autonomía. De otro lado, la doctrina sobre el distinto canon de enjuiciamiento existente para los Recursos de inconstitucionalidad y para las Cuestiones. En este caso, los preceptos estimados por el TC son inconstitucionales puesto que la Comunidad de Madrid no tenía competencias normativas en comercio interior en el momento en que se adoptó la resolución sancionadora, que es el momento a tener en cuenta para aplicar el canon normativo de las cuestiones de inconstitucionalidad, lo que obliga a declarar el efecto de la inaplicabilidad por el órgano judicial en el proceso *a quo* una vez estimada la Cuestión. El Magistrado Vicente Conde, emite **Voto particular** posicionándose en el efecto de la nulidad y no de la inaplicabilidad, tal y como determina el art. 39.1 LOTC, manifestando este cambio de criterio del TC como absolutamente novedoso que hubiera requerido una explicación más concreta que la realizada en el parco FJ 8º. Así, para el Magistrado discrepante, es inaceptable que la expulsión o no del ordenamiento de una norma viciada de inconstitucionalidad (nulidad o no, en definitiva) dependa del cauce

procesal a través del cual ha sido impugnado. En este caso, el TC parece querer optar por acoplar la Cuestión, alterando el régimen de ésta, a los recursos de inconstitucionalidad, en los que es doctrina consolidada la de utilizar como canon de enjuiciamiento de la Ley recurrida la normativa vigente en el momento de su decisión y no la del momento de la interposición. Sin embargo, la elusión de la nulidad, no determina una equiparación entre los dos tipos de procesos, sino que se crea una solución específica para las Cuestiones, en este caso, cuando el tiempo transcurrido entre su planteamiento y su solución ha cambiado el régimen competencial de la Comunidad Autónoma. Ésta es una innovación jurisprudencial de muy hondo calado, que necesita de una fundamentación precisa, que no se da en este caso.

e) Una norma reglamentaria autonómica, que es la relevante en el proceso, genera por elevación, una Cuestión de Inconstitucionalidad sobre una Ley estatal

En la **STC 255/2004, de 22 de diciembre**, Pleno, se estiman Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas contra el art. 19.2.b) de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del IRPF, en su redacción dada por la Ley 48/1985, de 27 de diciembre. En este caso, la Diputación Foral de Vizcaya, en sus normas reglamentarias, concretamente, el art. 15.3.b) de la Norma Foral de Vizcaya, reproduce el tenor literal de la Ley estatal, siendo esa norma reglamentaria la aplicable en un proceso contencioso relativo a una liquidación paralela a un médico por la Diputación Foral de Álava. El Abogado del Estado interpone óbice procesal, argumentando que la norma reglamentaria, por su naturaleza, no puede ser objeto de una Cuestión de inconstitucionalidad, pudiendo y debiendo, en todo caso, ser inaplicada, por la jurisdicción contenciosa si aquélla es contraria a la Constitución. El TC, desde el momento en que la norma foral no hace sino reproducir, por imperativo de la regulación del concierto económico del Estado con la Comunidad Autónoma del País Vasco, la norma estatal, toda infracción que pudiera imputarse al precepto foral, ha de incluirse asimismo en la norma estatal. En consecuencia (continúa el TC en su FJ 3º), aun cuando las normas forales son controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa, la reproducción literal obliga a incluir en la infracción constitucional en que pudieran incurrir aquéllas a la norma estatal, respecto de la cual sí puede plantearse la Cuestión de inconstitucionalidad al tratarse de una disposición con rango de ley, siendo razonable el llamado juicio de relevancia, por existir un evidente nexo causal ente la validez del precepto cuestionado y la decisión a adoptar en el proceso *a quo*.

3. CONFLICTOS COMPETENCIALES

Sorprende en el período objeto de la presente crónica el alto número de decisiones dictadas por el Pleno del Tribunal Constitucional. La sorpresa se reduce si se observa que la mayoría de las decisiones adoptadas constan de un único fundamento jurídico en el que se declara aplicable a las diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por diferentes tribunales del País Vasco, la doctrina sentada en la **STC 178/2004, de 21 de octubre**. Así las Sentencias 205 a 217 de 18 de noviembre y 228 a 239, de 2 de diciembre, carecen

de verdadero contenido competencial. Por otra parte la STC 178/2004 debe ser destacada desde el punto de vista competencial en la medida en que al estudiar el complejo título competencial contenido en el art. 149.1.1 CE, condiciones de igualdad en el ejercicio de los derechos, parece configurarlo como un verdadero título de carácter concurrencial, carácter que no es el habitual en la distribución de competencias en nuestro país.

A) Autonomía financiera: límites derivados de la prohibición de doble imposición (artículo 6.3. LOFCA). Gravamen sobre bienes generadores de riesgo para la protección civil

En la **STC 168/2004, de 6 de octubre**, se examina un problema de límites a la autonomía financiera de las CCAA. En concreto se trata de un Recurso de Inconstitucionalidad del Presidente del Gobierno (en 1997) contra algunos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 4/1997, de protección civil de Cataluña. En tales preceptos se creaba un gravamen sobre los elementos patrimoniales que pudieran generar la activación de planes de protección civil, siendo su finalidad exclusiva la financiación de actividades relacionadas con la protección civil.

Un gravamen como el descrito plantea como principal problema la prohibición de doble imposición contenida en el art. 6.3 LOFCA. Esto es la imposibilidad de gravar tanto por la Comunidad Autónoma como por el poder central o las entidades locales un mismo objeto impositivo.

El TC comienza recordando la caracterización de la autonomía financiera como un principio con dos vertientes. Por una parte, la vertiente del gasto que fue cronológicamente la primera en ser enjuiciada por el Tribunal y consistente en la autonomía para fijar los objetivos políticos, administrativos, sociales y económicos (STC 13/1992) para que libremente ejerzan sus propias competencias, afectando no sólo a la fijación y destino del gasto público, sino también a la cuantificación y distribución de dicho gasto (SSTC 13/1992 y 127/1999). La vertiente de los ingresos ha centrado más la actuación del Tribunal en los últimos años e implica, básicamente, la capacidad de las CCAA para establecer y exigir sus propios tributos (SSTC 96/2002 o 176/1999). Ambas vertientes se reconducen a la necesidad de suficiencia financiera para poder ejercer sin condicionamientos indebidos las funciones que les han sido asignadas a los entes locales. Suficiencia que no permite olvidar que el poder tributario propio de los entes autonómicos está constitucionalmente condicionado por diversos límites, entre los que se encuentra la prohibición de la doble imposición contenida en el art. 6.3 LOFCA:

Por ello, el TC debe examinar si verdaderamente nos encontramos ante un caso de doble imposición para lo que procede a comparar el gravamen impugnado con otros dos impuestos con los que puede colisionar: el impuesto sobre bienes inmuebles y el impuesto sobre actividades económicas. Para ello recuerda su jurisprudencia (STC 289/2000) sobre la cuestión.

La conclusión extraída por el Tribunal es que en el caso objeto del juicio no existe doble imposición, y por ende inconstitucionalidad, por, al menos, tres motivos. En primer lugar, no hay coincidencia en el objeto con ninguno de los impuestos municipales. No se trata

de gravar la propiedad del inmueble, sino su potencial peligrosidad que requiere planes de protección civil, no es por tanto su objeto el elemento patrimonial, sino el riesgo potencial de las instalaciones y actividades. En segundo lugar, se vincula el gravamen a la realización de una política pública de prevención de grandes riesgos estando, pues, el gravamen afecto a la financiación de un fin concreto. Por último, no se trata de un tributo de carácter contributivo, pues no depende ni del valor del bien, ni de la renta que produzca, sino del riesgo que encierra.

B) Condiciones básicas de igualdad de todos los ciudadanos (artículo 149.1.1 CE): ¿una competencia concurrente? Regulación autonómica de obligaciones de cesión de aprovechamiento del suelo en ausencia de norma estatal

La **STC 178/2004, de 21 de octubre**, decide sobre dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que se reiteraron con posterioridad y que fueron resueltas en el mismo sentido en un único fundamento jurídico por las SSTC 205 a 217 de 18 de noviembre y 228 a 239, de 2 de diciembre, contra dos preceptos de Ley del Parlamento vasco 17/1994, de medidas urgentes en materia de vivienda, de tramitación de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística en los que se regulaba el deber de cesión de aprovechamiento del suelo urbanístico en la aprobación de los planeamientos urbanísticos nuevos. La cuestión se suscita en el marco del vacío normativo creado como consecuencia de la conocida STC 61/1997 y la consiguiente declaración de inconstitucionalidad de la Ley del suelo de 1992. La cuestión, como bien resume el TC, podría formularse del siguiente modo: ¿Puede una Comunidad Autónoma establecer en ejercicio de su competencia exclusiva en materia de urbanismo, una cesión de aprovechamiento urbanístico en suelo urbano, sin que previamente, en el ejercicio de la competencia que el art. 149.1.1 CE reserva al Estado, éste haya fijado dicha cesión como condición básica del ejercicio de propiedad en suelo urbano? La cuestión así formulada plantea no sólo la duda de constitucionalidad sobre los preceptos de la ley vasca, sino también sobre otros preceptos estatales que fueron dictados a continuación de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley del suelo de 1992.

Respecto a los preceptos de la ley vasca de cuya constitucionalidad se duda, el TC entiende que sería un contrasentido lógico declarar inconstitucional una norma estatal (en la STC 61/1997) por invadir competencias autonómicas y, a continuación, declarar inconstitucional esa misma regulación cuando se ha convertido en legislación autonómica por haber invadido, preventivamente, la competencia estatal. Así recuerda que en la citada sentencia de 1997 se reconoció la constitucionalidad de la obligatoriedad de la cesión de aprovechamiento del suelo en ejercicio de la competencia estatal derivada del art. 149.1.1. Lo que se declaró inconstitucional fue el concreto porcentaje de cesión, cosa que la ley vasca impugnada procedió a realizar (FJ 7º).

Recuerda en tal sentido que la jurisprudencia constitucional sobre el título competencial contenido en el art. 149.1.1 establece que mientras la normativa estatal no haya sido dictada, resultará sumamente difícil atribuir una invasión competencial a la legislación auto-

nómica, puesto que el citado precepto más que fijar un ámbito que excluya a las competencias autonómicas lo que hace es habilitar para que el Estado condicione el ejercicio de esas competencias a partir de la igualdad de los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales. Una vez dictada la legislación se podrá producir un efecto de desplazamiento de las normas autonómicas. En definitiva, por tanto, la legislación autonómica resultaba plenamente constitucional. Sin duda lo más interesante de esta decisión es que parece conferir al título contenido en el art. 149.1.1 un verdadero *carácter concurrencial* en sentido estricto (tal y como parece haber realizado en alguna decisión anterior, *v. gr.*, STC 173/1998). Este carácter no es desconocido en otros sistemas de descentralización pero resulta ciertamente extraño al sistema autonómico. En definitiva, a nuestro juicio, el TC no acaba de definir claramente su posición respecto al contenido, alcance y eficacia de este precepto.

Respecto a la legislación estatal contenida en algunos de los preceptos de la Ley 7/1997, tanto el Tribunal que planteó la cuestión como el propio TC entienden que le son de plena aplicación la argumentación contenida en el fundamento jurídico 17º.c) de la tantas veces citada STC 61/1997, por lo que procede a declarar la inconstitucionalidad del precepto impugnado. Extendiendo, igualmente, esta declaración a otros dos apartados que no habían sido objeto de impugnación en la cuestión, por la conexión existente de sus regulaciones y la larga serie de cuestiones pendientes de pronunciamiento que afectan a esos apartados, cuya resolución se ve así agilizada.

C) Legislación penal y procesal (artículo 149.1.6 CE): alcance en la justicia de menores

En la **STC 243/2004, de 16 de diciembre**, se resuelve un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno (en 1995), contra varios artículos de la Ley 6/1995, del parlamento de las Islas Baleares, sobre aplicación de medidas judiciales sobre menores infractores. La colisión competencial se produce entre los títulos competenciales estatales (art. 149.1.6) "legislación procesal" y "legislación penal" (muy vinculados según el Tribunal a otros preceptos constitucionales como las condiciones básicas de igualdad de los ciudadanos –art. 149.1.1– y la regulación de la Ley Orgánica –art. 81–) y autonómicos relativos a "instituciones públicas de protección y tutela de menores".

El TC recuerda que en la materia objeto del conflicto se encuadra una doble vertiente o función: la función reformadora y la función protectora, quedando la segunda fuera del ámbito de las competencias de los juzgados de menores. Por otra parte, en el ámbito de la justicia de menores se debe destacar la peculiar combinación de "elementos sancionadores y (re)educativos (STC 61/1998)", combinación que responde al predominio de la perspectiva preventivo-especial en este campo. De ello deriva la preponderancia en este campo de los aspectos relativos a la integración y reinserción social de los menores, lo que, a su vez, explica la mayor extensión de las competencias autonómicas, de forma que las mismas podrán extenderse a "cuanto sea preciso e idóneo para la reincorporación del menor a la sociedad", especialmente, programas y actuaciones que apoyen los procesos individuales de reinserción. El TC parece aplicar el criterio habitual de que la competencia específica prevalece sobre el título general. Esto es una constante en menores por influencia del Convenio Internacional de Derechos del Niño.

Pese a ello, continúa el Tribunal, las normas reguladoras del procedimiento para el ejercicio de la función correctora por los Juzgados de menores son de naturaleza procesal. Por ello debe considerarse inconstitucional uno de los preceptos impugnados en la medida en que invade este ámbito al establecer requisitos para que el proceso seguido contra un menor no concluya en sentencia.

Del mismo modo son declarados inconstitucionales los preceptos autonómicos que establecen medidas correctoras acordables por los órganos jurisdiccionales, puesto que tal cuestión sólo puede considerarse legislación penal, función esta de titularidad claramente estatal.

D) Comercio interior: la fijación autonómica de calendario y horarios comerciales sólo es posible si previamente ha asumido competencias de desarrollo legislativo en la materia

En la comentada **STC 254/2004, de 22 de diciembre**, se resuelve que es necesario haber asumido competencia legislativa para determinar el calendario y los horarios comerciales por las Comunidades Autónomas. En el caso de la Comunidad de Madrid, como en el resto de las Comunidades Autónomas, se asumió tal competencia normativa con posterioridad a la aprobación de la ley impugnada.

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) Derecho a la vida y obligaciones positivas por parte del Estado. C) Tratos inhumanos y degradantes e investigación insuficiente. Varios supuestos, uno de ellos contra España (art. 3). D) Mantenimiento en prisión de enfermos y tratos inhumanos y degradantes. E) Duración máxima de la detención provisional y largos períodos de inactividad en la instrucción (art. 5.3). F) Dos condenas a España por dilaciones indebidas (art. 6.1). G) Derecho a un Tribunal imparcial y Jueces legos-expertos laborales. (art. 6.1). H) Derecho a un proceso equitativo y estado de fatiga para ejercer la defensa (art. 6, apartados 1º y 3º, CEDH). I) Inviolabilidad del domicilio y condiciones de la orden de entrada (art. 8). J) Dos supuestos, uno de ellos contra España, de vida familiar y medio ambiente (art. 8). K) Intervenciones estatales contrarias a la libertad religiosa (art. 9). L) Varios conflictos entre la libertad de información y los derechos de la personalidad (art.10). M) Derecho de asociación e inscripción de partidos políticos (art. 11). N) Desigualdad entre hijos de la que se deriva una fuerte indemnización (arts. 14 y 1 Pro. 1º). O) Derecho de petición y demanda individual a la Corte de internos penitenciarios (art. 34). P) Derecho de propiedad y aportaciones a fondos de previsión social (art. 1 Pro.1º). Q) Derecho de sufragio pasivo y residencia habitual en el caso de un refugiado (art. 3 Pro. 1º). **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La Declaración 1/2004 sobre la eventual contradicción entre la Constitución Española y el Tratado Constitucional para Europa.** A) Derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE). Extinción del contrato de trabajo basada en los resultados de un reconocimiento médico. B) Inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE). Desalojo de una habitación en una Residencia militar sin mediación de autorización del ocupante o de Juez. C) Libertad de información (art. 20.1 CE). La diligencia de los periodistas en la comprobación de la noticia no puede criticarse cuando el demandante mantiene una actitud pasiva. D) Acceso y ejercicio de los cargos públicos representativos

(art. 23.2). a) En los puestos de libre designación la publicidad de las convocatorias es la garantía de igualdad de oportunidades. b) Violación de los derechos de los representantes por interpretación innovadora del Reglamento Parlamentario. E) Derecho de propiedad (art. 33 CE). Delimitación legal del contenido esencial en relación con cuentas corrientes en Sociedades de crédito o Entidades financieras. **4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.** A) Derecho al honor (art. 18.1 CE). a) La contradictoria aplicación de la doctrina del reportaje neutral. B) Derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE). a) La difusión de la imagen de una famosa en un momento de su vida privada lesiona su derecho a la propia imagen. b) La difusión de la imagen de una persona en lugar público vulnera su derecho a la propia imagen si no es accesoria y capta un momento de su vida íntima. C) Derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad. D) Derecho a la tutela judicial efectiva y legitimación activa. E) Derecho a la educación. F) Extranjeros. a) Nacionalidad. a') Concepto de buena conducta cívica. b') Denegación de nacionalidad con fundamento en un informe reservado y derecho a la tutela judicial efectiva. c') Denegación de la nacionalidad y exigencia de integración en la sociedad española. b) Asilo.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica se analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo dictadas entre el 1 de octubre al 31 de diciembre de 2004. Además, se hace una específica referencia a la Declaración 1/2004 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 13 de diciembre, que se pronuncia sobre la inexistencia de contradicción entre la Constitución española y el Tratado Constitucional para Europa, que se comenta al comienzo de la jurisprudencia constitucional.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

Entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado un total de 254 sentencias.

Como ya viene siendo habitual, muchas de ellas, en esta ocasión 64, son condenas por dilaciones indebidas en el funcionamiento de la administración de justicia. Destacan las 18 condenas de Polonia, seguida de Francia y la República Checa con 4 cada una. Hay

que resaltar dos sentencias contra España, a las que nos referiremos más adelante, en los asuntos Sáez Maeso, de 9 de noviembre y Alberto Sánchez, de 16 del mismo mes.

Hay también un importante número de condenas a Turquía en diversos aspectos relacionados con los Kurdos, que afectan a desapariciones contrarias al art. 2, caso A.K. y V.K., de 30 de noviembre, malos tratos que vulneran el 3, caso Talat Tepe, de 21 de diciembre de 2004, vulneraciones al derecho al juez imparcial por las cortes marciales, entre otros, caso Vural, de 21 de diciembre de 2004, y un importante grupo de condenas contrarias al art. 10, entre ellas, caso Elden de 9 de diciembre y caso Kalin de 10 de noviembre.

Además, se han producido una serie de condenas a Francia por la intervención del Abogado general en la casación, que se considera contraria al juez imparcial del 6.1, entre ellas el caso Mesme de 14 de diciembre.

Por último una quincena de asuntos de violación del derecho de propiedad por Turquía como consecuencia de la pérdida de valor de las indemnizaciones en casos de expropiación, entre ellas el caso Ugur y otros, de 7 de octubre.

De las restantes, siguiendo, como siempre, el orden del Convenio, se han considerado más interesantes las siguientes:

– Dos supuestos de obligaciones positivas de los estados con relación al derecho a la vida; **Önerdyildiz contra Turquía**, de 30 de noviembre y **Makaratzis contra Grecia**, de 20 de diciembre (art. 2).

– Tratos inhumanos y degradantes e investigación insuficiente. Varios supuestos, uno de ellos, el caso **Martínez Sala**, de 2 de noviembre, contra España (art. 3).

– Mantenimiento en prisión de enfermos y tratos inhumanos y degradantes; **Farbtuhs contra Letonia**, de 2 de diciembre y **Gelfmann contra Francia**, de 14 de diciembre (art. 3).

– Duración máxima de la detención provisional y largos períodos de inactividad en la instrucción; Caso **Blondet contra Francia**, de 5 de octubre (art. 5.3).

– Dos condenas a España por dilaciones indebidas; casos **Sáez Maeso**, de 9 de noviembre y **Alberto Sánchez**, de 16 de noviembre (art. 6.1).

– Derecho a un Tribunal imparcial y jueces legos-expertos laborales; Caso **Ab Kurt Kellermann contra Suecia,** de 20 de febrero (art. 6.1).

– Derecho a un proceso equitativo y estado de fatiga para ejercer la defensa; Caso **Makhfi contra Francia,** de 19 de octubre (art. 6.1 y 3).

– Inviolabilidad del domicilio y condiciones de la orden de entrada; Caso **Van Rossen contra Bélgica,** de 9 de diciembre (art. 8).

– Dos supuestos, uno de ellos contra España (Caso **Moreno Gómez**, de 16 de noviembre) de vida familiar y medio ambiente (art. 8).

– Intervenciones estatales en la libertad religiosa; Caso **Supremo Consejo Sagrado de la Comunidad Musulmana contra Bulgaria**, de 16 de diciembre (art. 9).

– Varios conflictos entre la libertad de información y los derechos de la personalidad (art. 10).

– Derecho de asociación e inscripción de partidos políticos (art. 11); Caso **Partido Presidencial de Mordovia contra Rusia**, de 15 de octubre (art. 11).

– Desigualdad entre hijos de la que se deriva una fuerte indemnización; Caso **Merger y Cros contra Francia**, de 22 de diciembre (arts. 14 y 1 Pro. 1º).

– Derecho de petición y demanda individual a la Corte de internos penitenciarios; Caso **Poleschuk contra Rusia**, de 7 de octubre (art. 34).

– Derecho de propiedad y aportaciones a fondos de previsión social; Caso **Kjartan Asmundsson contra Islandia**, de 12 de octubre (art.1 Pro.1º).

– Derecho de sufragio pasivo y residencia habitual en el caso de un refugiado; **Melnychenko contra Ucrania,** de 19 de octubre (art. 3 Pro.1º).

B) Derecho a la vida y obligaciones positivas por parte del Estado

Son dos las sentencias que estiman vulneración del art. 2 del Convenio como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones positivas por parte del Estado. La primera de ellas, **Önerdyildiz contra Turquía, de 30 de noviembre de 2004,** se trata de una explosión accidental de gas, en el que las autoridades no habían adoptado las medidas necesarias para evitar el accidente, un supuesto por tanto de funcionamiento anormal de la administración del Estado que deriva en la muerte de nueve personas.

En la segunda, **Makaratzis contra Grecia, de 20 de diciembre de 2004,** el Tribunal considera que Grecia ha incumplido su obligación positiva de desarrollar un marco legislativo y administrativo adecuado del uso de la fuerza policial potencialmente mortal en las operaciones policiales.

Hay un aspecto particularmente interesante de esta decisión, y es que el Tribunal considera que se ha vulnerado el derecho a la vida en una acción potencialmente mortífera

en la que no muere el recurrente, afirmando que a la vista del grado y del tipo de fuerza empleado, se trata de una conducta que por su propia naturaleza ha puesto la vida en peligro, aunque finalmente los recurrentes hayan sobrevivido. Es dudoso que nuestro Tribunal Constitucional pudiera realizar un razonamiento similar a la vista de la rigidez con la que utiliza el criterio de que sólo las lesiones reales y efectivas son susceptibles de plantearse en nuestro amparo.

C) Tratos inhumanos y degradantes e investigación insuficiente. Varios supuestos, uno de ellos contra España (artículo 3)

Entre los casos de malos tratos derivados del incumplimiento de la obligación positiva de los Estados a realizar una investigación efectiva se encuentran varios asuntos contra Turquía, entre ellos **Celik e Imret, de 26 de octubre de 2004,** y dos contra Rumania, **Barbu Anghelescu, de 5 de octubre,** y **Bursuc, de 12 de octubre de 2004.**

Pero sin duda el más interesante a los efectos de esta crónica es el caso **Martínez Sala y otros contra España, de 2 de noviembre de 2004.** En una demanda del año 2000, los recurrentes, simpatizantes de un movimiento independentista catalán y detenidos poco antes de los juegos olímpicos de Barcelona de 1992, alegaban malos tratos físicos y psicológicos durante su detención en Cataluña y en la dirección general de la guardia civil en Madrid, y aducían que no pudieron denunciar estos abusos ante la Audiencia Nacional al no facilitárseles los medios pertinentes.

La Corte recuerda que incluso en la lucha contra el terrorismo debe mantenerse la prohibición absoluta de malos tratos *ex* art. 3 CEDH. Pero estos abusos o sevicias deben tener cierta entidad para poder ser enjuiciados y resultar acreditados mediante pruebas apropiadas, normalmente, certificados médicos forenses elaborados durante la detención, o por otros de médicos privados tras la puesta en libertad. El Tribunal revisa los alegatos de la quincena de recurrentes y sólo advierte en los distintos casos bien pequeñas contusiones, ligeros hematomas, o algunas erosiones o zonas enrojecidas, todo ello de escasa entidad y que no estima indicios suficientes que hagan creíbles las alegaciones de malos tratos; así como no encuentra pruebas de que algunos fueran vendados en los ojos y se les pusiera una coguIla o hábito o un saco de plástico en la cabeza a fin de producir una sensación de asfixia. Tampoco los informes elaborados por médicos privados arrojan luz al respecto.

No obstante cuanto precede, la Corte por unanimidad condena a España por violar el art. 3 CEDH, al estimar que no ha habido una investigación suficiente, profunda y efectiva sobre los hechos denunciados. El Juzgado de Instrucción núm. 22 de Madrid adujo que era difícil identificar a los miembros de las fuerzas de seguridad que interrogaron a los recurrentes durante su detención, ni a los que les trasladaron a Madrid y los custodiaron. Y en la apelación ante la Audiencia Provincial los recurrentes reiteraron su petición de que se pusieran a disposición del tribunal las declaraciones de esos agentes de policía, pero la misma rechazó incorporar a los autos las piezas del procedimiento seguido ante la Audiencia Nacional. Se concluye de todo ello (§ 414): "en definitiva, la Corte no puede sino constatar que las autoridades judiciales han rechazado todas las demandas de prue-

bas presentadas por los recurrentes, privándose de posibilidades racionales de ofrecer luz sobre los hechos denunciados".

D) Mantenimiento en prisión de enfermos y tratos inhumanos y degradantes

En **Farbtuhs contra Letonia, de 2 de diciembre de 2004,** un condenado por genocidio, de 84 años, parapléjico e inválido considera a la vista de su edad, enfermedad y la incapacidad de los establecimientos penitenciarios letones para atender sus necesidades específicas, que su mantenimiento en prisión constituye un trato prohibido por el art. 3. La sentencia contiene un excelente resumen de las condiciones de apreciación de vulneración y las obligaciones positivas que asume el estado con relación a este artículo en las personas privadas de libertad y enfermas, y concluye que su mantenimiento en prisión es contrario al art. 3.

Por el contrario, en **Gelfmann contra Francia, de 14 de diciembre de 2004,** el Tribunal considera que el mantenimiento en prisión de un enfermo de SIDA no vulnera el art. 3, señalando que no se puede derivar de este artículo una obligación general de liberar o transferir a un hospital civil a todos los prisioneros que sufran de una enfermedad particularmente difícil de atender, sino tan sólo de mantenerlo en condiciones compatibles con el respeto a la dignidad humana, que no se le someta a un nivel superior al inherente a la detención y que se asegure su salud y bienestar y en particular los cuidados médicos requeridos.

E) Duración máxima de la detención provisional y largos períodos de inactividad en la instrucción (artículo 5.3)

En el Caso **Blondet contra Francia, de 5 de octubre de 2004,** reitera que incumbe a las autoridades nacionales valorar la duración de la detención o prisión provisional de un acusado para asegurarse que no sobrepase un límite razonable. Entre estos motivos que pueden ponderarse está el riesgo de que vuelva a cometerse un delito y la preservación del orden público, pero transcurrido cierto tiempo dejan de ser suficientes. La instrucción duró aquí cinco años y el recurrente únicamente tuvo en ese período cinco audiencias, hubo pues "largos períodos de inactividad", por lo que el TEDH considera excesiva la duración y entiende que las autoridades judiciales no actuaron sin dilaciones y con prontitud como manda el Convenio.

F) Dos condenas a España por dilaciones indebidas (artículo 6.1)

A pesar de que nuestro país no es en forma alguna de los que más condenas por dilaciones indebidas recibe en el marco del Convenio, en este trimestre se han producido dos asuntos en los que resulta indiscutible y sonrojante la actuación de nuestra administración de justicia desde este punto de vista.

En el primero de ellos, en el caso **Sáez Maeso, de 9 de noviembre de 2004,** se trata de un recurso de casación admitido el 10 de junio de 1993, y que, el 26 de junio de 2000, en la sentencia, se afirma que debió de haber sido inadmitido por no haber precisado el motivo de la casación, con invocación expresa del párrafo pertinente del art. 95. En el segundo, **Alberto Sánchez, de 16 de noviembre,** estima que el retraso de 5 años y medio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en resolver un incidente de competencia de jurisdicción tiene tal carácter dilatorio.

G) Derecho a un Tribunal imparcial y Jueces legos -expertos laborales (artículo 6.1)

El Caso **Ab Kurt Kellermann contra Suecia, de 20 de febrero de 2004,** analiza desde la perspectiva del derecho a un tribunal imparcial la presencia, en un tribunal laboral, de jueces legos, pero dotados de experiencia en el mercado de trabajo y en disputas laborales, y por cinco votos a dos se desestima la demanda.

La Corte advierte que es un sistema común a muchos países, y reconoce que se puede dudar de la imparcialidad de quienes no son jueces profesionales, pero concluye que no se puede considerar violada esta garantía. El Tribunal pondera que el propio recurrente no discutió la imparcialidad subjetiva de esos jueces legos o asesores, la cuestión se reduce a examinar las dudas sobre la imparcialidad objetiva. Se invoca como precedente el Caso Langborger contra Suecia donde los jueces legos integraban un tribunal en materia de arrendamientos urbanos y se resolvió que debía apreciarse su extremada cualificación para resolver esas disputas, sin perjuicio de que pudiera dudarse de su imparcialidad en algún caso concreto. Se agrega que no tenían en este caso dichos asesores legos un interés contrario al de la compañía actora en el pleito.

A nuestro juicio, la sentencia es muy coherente con el concepto material de tribunal acuñado por la jurisprudencia de Estrasburgo y con la forma de enjuiciar casos anteriores. Hay ya bastantes precedentes en los que se admite la participación de jueces no profesionales.

El Voto disidente, en cambio, considera violada la garantía. Se pondera la naturaleza de la disputa entre un sindicato minoritario y una compañía a resultas de una negociación colectiva, el tipo de procedimiento, ya que quizá el caso no debió enjuiciarse por el tribunal que lo hizo, y el hecho de que dos de los Jueces legos fueron designados por dos sindicatos más representativos y opuestos al sindicato minoritario.

H) Derecho a un proceso equitativo y estado de fatiga para ejercer la defensa (artículo 6, apartados 1º y 3º, CEDH)

Es curioso y significativo sobre los criterios de la Corte al ponderar las violaciones el Caso **Makhfi contra Francia, de 19 de octubre de 2004.** Los recurrentes ejercieron su derecho de defensa en un recurso de apelación en un procedimiento penal hacia las 4 horas de la madrugada, después de una jornada maratoniana de más de 17 horas de juicio, y pese a que pidieron la suspensión de la vista. La Corte analiza el derecho a un proceso equitativo (apartado 1º), que obliga a que los derechos reconocidos no sean ilusorios sino efectivos

y concretos, y revisa la igualdad de armas en los procesos (apartado 3º), y concluye entendiendo lesionadas las garantías de ambos apartados del art. 6. El Tribunal asevera que un estado de fatiga sitúa a los acusados en un estado de menos resistencia para ellos frente a la gravedad de las infracciones de que se les acusa y las penas que afrontan e invoca el conocido para nosotros Caso Barberá, Messegué y otro de 1988.

I) Inviolabilidad del domicilio y condiciones de la orden de entrada (artículo 8)

En el asunto **Van Rossen contra Bélgica, de 9 de diciembre de 2004,** se declara la vulneración del art. 8 del Convenio como consecuencia de la ejecución de un mandato de entrada en el domicilio redactado en términos vagos y realizado sin la presencia del acusado, sino de su hijo de 11 años y el portero de la finca.

J) Dos supuestos, uno de ellos contra España, de vida familiar y medio ambiente (artículo 8)

En el período analizado se han producido dos sentencias sobre esta materia. La primera, de gran importancia para nosotros, **Moreno Gómez contra España, de 16 de noviembre de 2004,** constituye la continuación de la STC 119/2001, de 24 de mayo (cuyo comentario realizamos en el número 13 de esta misma Revista) en la que el TC afirmó que si bien es cierto que el derecho a no sufrir agresiones ambientales formaba parte de la intimidad familiar protegida por el art. 18 de la Constitución, y en los supuestos más graves del derecho a la integridad física y moral del 15, sin embargo considera que el interesado no había demostrado la existencia de tales ruidos, y en consecuencia desestima el amparo.

Es precisamente ese hecho de la falta de prueba de los ruidos el que es objeto de la sentencia del TEDH. En ella constata que el recurrente vive en una zona en la que el ruido nocturno es innegable, hasta el punto de que las propias autoridades la habían calificado de "zona acústicamente saturada", por lo que juzga que la exigencia de una prueba específica en el domicilio del recurrente es excesivamente formalista, y que no parece posible exigirla de algo que es conocido y oficial para la propia autoridad municipal, y concluye afirmando la vulneración del art. 8.

En el mismo sentido de reconocer obligaciones positivas por parte de las autoridades para evitar los daños al medio ambiente y su influencia en la vida familiar, hay que hacer referencia al asunto **Taskin y otros contra Turquía, de 10 de noviembre de 2004,** en el que declara que la no ejecución del cierre de una mina ordenada por el Consejo de Estado implica vulneración del art. 8.

K) Intervenciones estatales contrarias a la libertad religiosa (artículo 9)

En el caso **Supremo Consejo Sagrado de la Comunidad Musulmana contra Bulgaria, de 16 de diciembre de 2004,** se considera que la implicación de las autoridades en la elec-

ción del líder del Consejo musulmán, aun reconociendo un amplio margen de apreciación nacional en el particularmente delicado tema de sus relaciones con las confesiones religiosas, significa una vulneración del artículo 9.2 del Convenio.

L) Varios conflictos entre la libertad de información y los derechos de la personalidad (artículo 10)

En este trimestre el TEDH ha resuelto, en sentido siempre favorable a la libertad de información varios conflictos entre ésta y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen.

Entre ellos se encuentra **Busuioc contra Moldavia, de 21 de diciembre de 2004,** una condena a periodistas por difamación en torno a determinados negocios aeronáuticos, considerada contraria al Convenio, y similar al anterior, pero referido a un supuesto de reputación profesional de un médico, **Selistö contra Finlandia de 16 de noviembre de 2004.**

Hay dos casos que, sin embargo merecen una especial atención porque, a nuestro juicio, quizá la interpretación favorable al derecho a la información característica del TEDH, puede haber ido demasiado lejos:

El primero de ellos es el caso **Cumpana y Mazare contra Rumania, de 17 de diciembre de 2004**, sobre la información que vinculaba a un antiguo adjunto a una alcaldía y una juez a una estafa, incluyendo caricaturas en las que se les representaba con un saco de dinero y dando a entender que mantenían relaciones íntimas. El asunto tiene una faceta particularmente relevante consistente en que los recurrentes no comparecen en el proceso nacional en ningún momento, a pesar de numerosas citaciones y notificaciones en el procedimiento por insulto y calumnias en el que se les condena a 10 meses de prisión, una inhabilitación de un año y al pago de una indemnización, desentendiéndose absolutamente del mismo y no motivando la apelación, lo que hace que la sentencia sea irremisiblemente confirmada. Consta además que los recurrentes fueron indultados de la pena de prisión y que tampoco cumplieron su inhabilitación.

A pesar de esta actitud procesal, la Corte, a nuestro entender de manera sorprendente, en cuanto de alguna manera parece contradecir el carácter supletorio de este control, considera que existe vulneración del art. 10 por la falta de proporcionalidad de la pena impuesta, que afirma, no puede ser de tal naturaleza que disuadan a la prensa a participar en la discusión de cuestiones que tienen un interés general legítimo, aunque es cierto que sanciona la actitud de los recurrentes –en las instancias nacionales– no otorgándoles ninguna indemnización ni costas.

El segundo de los casos, en el que se entremezcla la cuestión de los privilegios parlamentarios es **Karhuvaara y Iltalehti contra Finlandia, de 16 de noviembre de 2004.** Se trata de una serie de informaciones en torno a un incidente por desórdenes relacionado con el consumo de bebidas alcohólicas del marido de la recurrente publicadas con el título "Su mujer es la Presidenta del Comisión parlamentaria de Educación y Cultura". El posterior juicio contra el marido fue objeto de reiteradas sátiras en televisión contra la parlamentaria.

La recurrente que no había en absoluto participado en los hechos, que por otra parte no discute, inicia un procedimiento por invasión de su intimidad, invocando un artículo de la Parliament Act que considera una agravante este tipo de actos cuando se refieren a un parlamentario, alegando que había sido asociada públicamente con un acto criminal que no estaba conectado ni con su persona ni con su función como miembro del parlamento. Los periodistas son condenados a una multa de 29.400 euros.

La Corte considera, a nuestro entender al menos de manera discutible, que los artículos no contienen alegación alguna a la participación de la recurrente en los hechos, ni da detalles acerca de su vida privada, al margen de su matrimonio con el implicado, lo que era ya de dominio público, que tampoco se refiere a cuestiones políticas, que no tiene ninguna conexión con la actividad de la recurrente como miembro del parlamento, y la severidad de la sanción pecuniaria impuesta, considera que hay vulneración del art. 10 de la Convención.

M) Derecho de asociación e inscripción de partidos políticos (artículo 11)

El Caso del **Partido Presidencial de Mordovia contra Rusia, de 15 de octubre de 2004,** analiza una flagrante violación del derecho de asociación en partidos políticos (art. 11 CEDH) como consecuencia de que a la asociación recurrente se le denegó la renovación de su inscripción en el registro y se procedió a su disolución. La situación de disolución perduró durante tres años hasta que el Presidium de la República de Mordovia revisó la decisión y ordenó su inscripción. El Gobierno demandado estimaba que esta reparación debía llevar ahora a una sentencia de desestimación. Pero el TEDH con buen criterio pondera que el partido actor estuvo todo ese período sustancial de tiempo sin poder funcionar ni participar en elecciones y concluye concediendo una indemnización por el daño causado.

N) Desigualdad entre hijos de la que se deriva una fuerte indemnización (artículos 14 y 1 Pro. 1º)

En **Merger y Cros contra Francia, de 22 de diciembre de 2004,** el Tribunal declara contrario a los arts. 14 y 1 del Protocolo 1º el tratamiento desigual en la sucesión de un hijo "adulterino". Hay dos aspectos en él que llaman poderosamente la atención. Por una parte, que la igualdad entre hijos a efectos sucesorios no se produjera en Francia hasta diciembre de 2001. Por otra, la altísima indemnización que establece el Tribunal, 900.000 euros de daños materiales, que es exactamente el valor del inmueble que la recurrente había perdido como consecuencia del trato desigual, y desde ese punto de vista justificable, pero mucho más elevado que el que suele conceder con ocasión de vulneraciones de derechos fundamentales de mayor entidad, por ejemplo, en Seyhan contra Turquía, de 2 de noviembre, analizado en esta misma crónica, la desaparición del padre del recurrente se salda con una indemnización de 10.000 euros.

O) Derecho de petición y demanda individual a la Corte de internos penitenciarios (artículo 34)

El Caso **Poleshchuk contra Rusia, de 7 de octubre,** permite interpretar la garantía recogida en el art. 34 CEDH a instancias de un interno en prisión provisional que fue objeto de medidas disciplinarias. Se afirma que es de decisiva importancia para la efectividad del sistema de demandas individuales que los recurrentes puedan comunicarse libremente con el TEDH sin ser sometidos a forma alguna de "presión" por las autoridades para esconder, borrar o alterar sus quejas. Esas "presiones" prohibidas a las autoridades nacionales incluyen no sólo las coacciones e intimidaciones flagrantes sino también otros actos impropios e indirectamente conducentes a disuadir o desincentivar a los actores de acudir a la Corte.

P) Derecho de propiedad y aportaciones a fondos de previsión social (artículo 1 Pro. 1º)

En el Caso **Kjartan Asmundsson contra Islandia. de 12 de octubre,** la Corte, invocando diversos precedentes, aclara que las aportaciones a un fondo de pensiones pueden en ciertas circunstancias crear un derecho de propiedad y ese derecho resultar afectado por la manera en que el fondo se distribuya; y, que, en consecuencia las aportaciones a sistemas de seguridad social son derechos pecuniarios protegidos por el art. 1 Pro. 1º. Si bien este aserto no puede interpretarse como un derecho a percibir una determinada cantidad, lo que haría imposible modificaciones legales y la misma incidencia en la cuantía de las prestaciones de las dificultades financieras de estos fondos, el derecho a recibir beneficios de ese sistema puede infringirse por resultados derivados de medidas desproporcionadas.

En el concreto supuesto de hecho, un marino islandés contribuyó durante diez años, tuvo un accidente y recibió una pensión de incapacidad permanente que le fue luego revocada por modificaciones legales sobrevenidas sobre los criterios de incapacidad. Un resultado que la Corte estima desproporcionado pese al amplio margen de apreciación nacional reconocido en la materia. Se sostiene que hubiera sido bastante, en cuanto medida equivalente, para alcanzar los fines pretendidos con una reducción de la pensión en vez de con su total privación.

Q) Derecho de sufragio pasivo y residencia habitual en el caso de un refugiado (artículo 3 Pro. 1º)

En el Caso **Melnychenko contra Ucrania, de 19 de octubre,** el Tribunal estima lesión del derecho de sufragio o a participar en elecciones libres con intervalos razonables. La ley de Ucrania exigía como requisito de elegibilidad y para ejercer el sufragio pasivo en las elecciones parlamentarias un sistema de registro administrativo (*propyska*) y la residencia legal, habitual y continua en el país. El recurrente había salido de Ucrania como refugiado político, instalándose en los Estados Unidos. La Corte pondera la difícil posición en que el recurrente se hubiera encontrado de haber permanecido en Ucrania con riesgo para su integridad física e imposibilidad de ejercicio de sus derechos políticos, y estima lesiva del derecho enunciado, por arbitraria, la decisión de la correspondiente junta electoral central que rechazó su candidatura.

Se formula un Voto disidente por el Magistrado Loucaides quien valora la otra cara de la moneda, el papel fundamental de la *propyska* en el sistema administrativo ucraniano, y destaca que este requisito de elegibilidad está previsto en la Constitución y en la ley electoral. No considera irrazonable demandar una residencia real y no meramente formal.

A nuestro parecer el Voto disidente es formalista en exceso en su ponderación pues no pueden ignorarse, desde la materialidad y el realismo que la interpretación de los derechos fundamentales reclama, las específicas circunstancias políticas de transición a la democracia que en Ucrania existían –una democracia muy lejos de consolidados– tal y como ha demostrado la reciente necesidad de repetición de las elecciones presidenciales. Los derechos democráticos demandan aun con mayor razón un entendimiento atento a permitir realmente configurar de manera democrática la voluntad estatal.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LA DECLARACIÓN DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 1/2004, DE 13 DE DICIEMBRE

No existe contradicción entre la Constitución española y el Tratado Constitucional para Europa, no es necesaria una reforma constitucional, y la vía del art. 93 CE es suficiente para prestar el consentimiento del Estado.

1. Especial significado tiene la **Declaración 1/2004, de 13 de diciembre,** del Pleno del Tribunal Constitucional, que da respuesta al requerimiento formulado por el Gobierno de la Nación acerca de la existencia o no de contradicción entre la Constitución española y los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Un requerimiento presentado a la vista de la recomendación recogida en el Dictamen emitido por el Consejo de Estado, con fecha 21 de octubre de 2004, donde se estimó que el art. I-6 de dicho Tratado eleva a norma de la Constitución para Europa la primacía del Derecho comunitario y que esto podía chocar con la consideración de la Constitución española como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico.

El Tribunal, por el contrario, concluye en su Declaración que tal contradicción no existe respecto de ninguno de esos preceptos, que la vía del art. 93 CE es suficiente para la prestación del consentimiento del Estado y que no procede hacer declaración alguna acerca de la necesidad de la reforma de la Constitución. De la decisión de la mayoría discrepan tres Votos Particulares suscritos cada uno de ellos por un Magistrado.

La motivación que lleva al fallo es en esencia la siguiente. La adhesión de España a la hoy Unión Europea se ha instrumentado a través del art. 93 CE que ya fue caracterizado en la Declaración 1/1992, un precepto complejo –se dijo– y de "índole orgánico procedimental", que opera como una "bisagra" o "soporte constitucional básico" en cuya virtud es posible atribuir competencias derivadas de la Constitución, pero no incorpora un cauce revisorio equiparable a la reforma constitucional. Esta cesión de competencias tiene como

límites la soberanía del Estado, nuestras estructuras constitucionales básicas, y nuestros valores y derechos fundamentales.

El art. I-6 del Tratado Constitucional afirma la primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho de los Estados, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Esta "primacía" no se afirma como "superioridad jerárquica" sino como una "exigencia existencial" de aquel Derecho a fin de lograr su efecto directo y aplicación uniforme (primer argumento). Pero los arts. I5.1 y I-2, entre otros, consagran el respeto a la igualdad de los Estados, su identidad nacional y sus derechos humanos, que no podrían llegar a hacerse irreconocibles por ese fenómeno de cesión competencial. Esto es una garantía nueva y que disipa las reservas opuestas en el pasado a dicha primacía que se construye ahora sobre valores comunes. Los límites a que se referían las reservas de las jurisdicciones constitucionales aparecen ahora proclamados en el Tratado (segundo argumento). Como tercer argumento, se dice que esta primacía no es de alcance general sino referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión (art. I-11.1). Y, como cuarta razón, se señala que la Unión debe ejercer esas competencias exclusivas conforme a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (art. I-11.3 y 4) de manera que se racionaliza y limita la expansividad competencial; además, el nuevo Tratado no altera sustancialmente la situación creada tras nuestra adhesión a las Comunidades, si acaso, la simplifica y ordena. Volviendo a la cuestión de la primacía del Derecho de la Unión (primer argumento) y a la cuestión de que no contradice la supremacía de la Constitución, el Tribunal insiste en que primacía no es "jerarquía" sino distinción entre normas con un distinto ámbito de aplicación, ambas igualmente válidas y una de las cuales tiene la capacidad de "desplazar" a la otra. La supremacía de la Constitución es compatible con esa primacía y la ha aceptado ella misma en su art. 93. Los problemas de contradicción son pues inexistentes, y, en el hipotético caso, "difícilmente concebible", de que los excesos del Derecho europeo no fueran remediados por los cauces previstos en la Constitución europea, en última instancia, el Tribunal Constitucional podría abordar los problemas. Por último, la salvaguardia de la soberanía nacional resulta siempre asegurada por la posibilidad de la renuncia o retirada voluntaria de la unión, dispuesta en el art. I-60 "verdadero contrapunto de su art. I-6".

Respecto de la contradicción con los artículos II-111 y II-112 del Tratado relativos a la interpretación y alcance de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, más que una contradicción material o en los contenidos, se suscita la cuestión (planteada en el mencionado Dictamen del Consejo de Estado) de la coexistencia de tres regímenes de tutela de los derechos (Constitución, Convenio Europeo de Derecho Humanos y Carta). El Tribunal Constitucional concluye igualmente que no existe contradicción y argumenta que estos problemas de articulación no pueden ser objeto de un pronunciamiento anticipado y abstracto, que ya el art. 10.2 CE da a los tratados y acuerdos internacionales en la materia un valor interpretativo, y que la Carta no causa en nuestro ordenamiento mayores dificultadades que las ya originadas por el Convenio Europeo y el Tribunal de Estrasburgo, máxime cuando se prevé que la unión se adhiera a dicho Convenio. Por lo demás, la Carta estipula que ninguna de sus disposiciones podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos reconocidos en su respectivo ámbito de aplicación.

El Voto Particular formulados por el Magistrado Javier Delgado, en sustancia, discute que el art. 93 CE permita ya no disponer de competencias derivadas de la Constitución sino "disponer de la Constitución misma" haciendo que deje de ser aplicada. Y se subraya que la jurisprudencia constitucional previa permite descartar que la primacía del Derecho comunitario se proyecte también sobre la Constitución. Se concluye pues que ese precepto no habilita al desplazamiento de la Constitución, por el citado Derecho europeo, cuestión que afecta a la esencia misma de la Norma Fundamental y produce una limitación de la soberanía del pueblo español, y, por tanto, que este art. 93 CE está en contradicción con el art. I-6 del Tratado.

En los otros dos Votos Particulares, –estimamos que menos trabados– el Magistrado Roberto García-Calvo sostiene que la primacía de la Constitución Europea sobre los ordenamientos internos, incluida la Constitución española, supone una antinomia con el art. 9.1 CE, que entraña un "real traspaso de soberanía con cláusula de reversión", y que debería seguirse un procedimiento de reforma agravada del art. 168 CE. También el Magistrado Ramón Rodríguez Arribas insiste en esa antinomia entre el art. 9.1 CE y el art. I-6 del Tratado, y rechaza el criterio de que "el nuevo Tratado deja las cosas como estaban".

2. Es prácticamente imposible despachar un comentario a esta importante Declaración en unas pocas líneas. Pero lo intentaremos telegráficamente. El Tribunal Constitucional se ha visto obligado a redactar su declaración con urgencia en poco más de un mes desde la presentación del requerimiento, y –como es habitual– sin que las Cámaras formulasen alegaciones y aportasen razones. La previa y anunciada convocatoria de un referéndum consultivo para el día 20 de febrero es un dato importante y extraído de la realidad. La mayoría parlamentaria ha anunciado su voluntad de en todo caso intentar una reforma constitucional para incluir una cláusula constitucional, un fundamento iusfundamental de la integración europea, al final de la legislatura; de manera que es posible que todo este debate jurídico acabe en cualquier caso con una reforma constitucional más adelante. Esta Declaración 1/2004 mejora la Declaración 1/2000 al incluir una visión material del art. 93 CE, un límite a la soberanía, junto a la orgánico-procedimental ya acuñada y que, única y aisladamente considerada, la doctrina había censurado por reduccionista. Es opinable la lectura que el Tribunal hace de su Declaración de 2000. La distinción entre una primacía del Derecho europeo que no lesiona la supremacía constitucional, porque no entraña una mayor jerarquía o supremacía formal, sino un desplazamiento de una norma por otra igualmente válida, no es una doctrina indiscutible ni por sí sola decisiva; la Constitución sigue siendo suprema, pero puede ser desplazada en su aplicación por un tratado, sin modificación alguna de su texto, lo que no deja de resultar paradójico o acaso formalista. Es muy cierto y cabal que no existe contradicción material alguna ni, menos aun, en materia de derecho fundamentales y que la Carta, a esos efectos, no plantea una problemática sustancialmente distinta a la que ya provocaba el Convenio. También es cierta la clarificación y limitación de las competencias o principio de atribución en el Tratado. Por el contrario, es harto discutible que una refundación de la Unión Europea *more constitutionalis* no reclame dejar huellas en la Constitución y que baste con una cláusula de adhesión (art. 93) pensada hace cinco lustros para unas Comunidades bien distintas y

que valdría para todo, mas es justo reconocer que este aserto no contesta a la pregunta de si el argumento se mueve en el terreno de la oportunidad política o de la inconstitucionalidad, pues en ambos casos se trata de un problema de soberanía popular y legitimidad democrática de la integración europea.

A) Derecho a la intimidad personal (artículo 18.1 CE). Extinción del contrato de trabajo basada en los resultados de un reconocimiento médico

En la **STC 196/2004, de 15 de noviembre,** Sala Primera, se analiza si la extinción del contrato de trabajo acordada por Iberia basada en la no aptitud de la recurrente para el trabajo conforme a los resultados de un reconocimiento médico vulnera su intimidad personal, dado que, a consecuencia de un análisis de orina, se concluye que consumió sustancias estupefacientes.

Los reconocimientos médicos para los trabajadores no pueden ser obligatorios cuando se trata de constatar con ellos únicamente la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro objetivable. En el caso concreto, nos encontramos en el marco ordinario de vigilancia de la salud, sin ningún componente adicional de afectación a la salud o seguridad propias o de terceros que justificaran el control del consumo de cannabis por parte de la trabajadora.

Tampoco prestó consentimiento la recurrente a tal prueba y no porque se negara a realizarla, sino porque no fue informada de modo expreso de las pruebas que pudieran afectar a su intimidad personal, siendo éstas ajenas a la finalidad de vigilancia de la salud en relación con los riesgos inherentes al trabajo que hacía a la prueba de consumo de estupefacientes imprevisible para la trabajadora por lo que no pudo tomar la decisión de someterse a los exámenes médicos libremente.

Al haberse invadido la esfera privada de la recurrente sin contar con habilitación legal para ello y sin consentimiento eficaz de la titular del derecho, el TC otorga el amparo por vulneración del derecho a la intimidad personal, determinando la eliminación absoluta de los efectos del despido laboral.

B) Inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE). Desalojo de una habitación en una Residencia militar sin mediación de autorización del ocupante o de Juez

En la **STC 189/2004, de 2 de noviembre,** Sala Primera, se otorga el amparo, con alcance puramente declarativo, por vulneración de la inviolabilidad domiciliaria. La decisión del Coronel Director de una Residencia Militar, en cumplimiento de las normas de régimen interior, de ejecutar un acto administrativo de desalojo de la habitación que el recurrente ocupaba sin su voluntad y sin que mediara autorización judicial alguna supone una lesión del derecho fundamental por entenderse que tal habitación tiene la consideración de domicilio a efectos constitucionales, pues resulta un ámbito espacial determinado en el que ejercía el demandante su libertad más íntima, libre de sujeción a usos y convenciones sociales.

C) Libertad de información (artículo 20.1 CE). La diligencia de los periodistas en la comprobación de la noticia no puede criticarse cuando el demandante mantiene una actitud pasiva durante años

STC 171/2004, de 18 de octubre. En el presente caso el TC se enfrenta, nuevamente, a un conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor del recurrente, asociado por un artículo periodístico a la cúpula de la banda terrorista ETA. El TC reitera su jurisprudencia en la materia e indica que la información transmitida debe considerarse de interés público y veraz, y, por tanto, la libertad de información debe prevalecer sobre el derecho al honor. La diligencia en la comprobación de la información de los profesionales demandados no puede criticarse en cuanto varios medios periodísticos venían asociando desde hace años al demandante con la banda terrorista y éste no había procedido en consecuencia hasta el momento en que se publica esta última noticia.

D) Acceso y ejercicio de los cargos públicos representativos (artículo 23.2)

a) En los puestos de libre designación, la publicidad de las convocatorias es la garantía de la igualdad de oportunidades

STC 221/2004, de 29 de noviembre, Sala Primera. Recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por presunta vulneración del derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad con los requisitos que las leyes señalen ya que, a la hora de ofertar destinos en un concurso-oposición para la provisión de 84 plazas de cabo del cuerpo de los Mossos d'Esquadra, no se dio publicidad a 7 plazas de libre designación a la totalidad de los aspirantes.

Se entiende por el TC que sólo cuando la infracción de las normas del proceso selectivo implique una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado el derecho fundamental que reconoce el artículo 23.2.

El régimen legal del procedimiento de libre designación puede servir de apoyo a un cierto margen de discrecionalidad para valorar las aptitudes de los candidatos a un determinado puesto de trabajo, pero no justificar la ausencia de publicidad a dichos destinos. Y es que la jurisprudencia ha considerado que, en los casos de libre designación, la publicidad de las convocatorias es precisamente garantía de la igualdad de oportunidades, y al haberse realizado la adjudicación de los destinos por libre designación sin publicidad, se elimina la posibilidad de concurrir en condiciones de igualdad al proceso de selección, vulnerando el artículo 23.2 CE.

Es necesario determinar el alcance del fallo estimatorio, ya que atendiendo a los principios de seguridad jurídica, buena fe, mínima perturbación de los derechos e intereses de terceras personas o al tiempo transcurrido desde que se produjo la lesión, lleva a reconocer derechos sin otorgar a tal declaración eficacia retroactiva y manteniendo la validez ju-

rídica de las situaciones producidas, advirtiendo que tal reconocimiento puede conllevar otro tipo de efectos, como una indemnización.

b) Violación de los derechos de los representantes por interpretación innovadora del Reglamento Parlamentario

SSTC 226 y 227/2004, de 29 de noviembre, Sala Primera. Recursos de amparo, promovidos por Diputados del Parlamento de Galicia e integrantes del Grupo Socialista de la Cámara y del Grupo Parlamentario del Bloque Nacionalista Galego contra la Resolución del Pleno del Parlamento de Galicia de 11 de marzo de 2003, por la que se acordó la disolución de la Comisión no permanente de investigación de la catástrofe del petrolero "Prestige", y contra la Resolución de la Presidencia de la Cámara de 5 de marzo de 2003, por la que se ordenó la publicación de unas normas supletorias del artículo 50 del Reglamento del Parlamento de Galicia aprobadas por la Mesa de la Cámara.

Los Reglamentos de las Cámaras no son inaccesibles a la integración de su contenido mediante normas supletorias o interpretativas con las que se procure suplir una laguna o superar oscuridades que dificulten su correcta intelección, siempre que las normas dictadas no procedan a una modificación del Reglamento, sustituyendo al Pleno de la Cámara y obviando el requisito de la mayoría absoluta. Una modificación por esta vía, supone una violación de los derechos de los representantes políticos a acceder y permanecer en su cargo en condiciones de igualdad "con arreglo a lo dispuesto en las leyes", por cuanto sólo al Reglamento parlamentario le cumple, en su ámbito propio, la condición de "ley" a los efectos del artículo 23.2 de la Constitución.

El Reglamento del Parlamento de Galicia regula las Comisiones de la Cámara, no especificando más causa de disolución de las no permanentes que se extinguirán "al finalizar su objeto y al concluir la legislatura". El Parlamento de Galicia entendió, a petición de un grupo de parlamentarios, que existía una laguna jurídica por no contemplarse una causa de disolución anticipada de una Comisión no permanente de investigación, por lo que se dictó la Resolución de la Presidencia recurrida, que facultó a la Mesa para dictar una norma que interpretara y supliera el Reglamento, decantándose por la posibilidad de disolver anticipadamente una Comisión no permanente de investigación, como la del Prestige, ante la imposibilidad objetiva de finalizar la labor encomendada.

Las normas supletorias impugnadas han introducido en el Reglamento de la Cámara un contenido normativo que lo altera de manera sustancial y con vocación de permanencia, siendo lo determinante el hecho de la reforma por cauces ajenos a la revisión reglamentaria.

La imprevisión de una norma que autorice la disolución de una Comisión de investigación cuando quienes la componen adoptan una conducta que conduce a su inoperancia puede responder al juego parlamentario y permitir una vía de expresión de la desavenencia con otros grupos, mediante el bloqueo de la actividad de la Comisión. Este fin puede ser tan legítimo, desde el Derecho parlamentario, como alcanzar los específicos objetivos para los que la Comisión fue creada, pues los Parlamentos son escenarios privilegiados

del debate público. A ese fin pudiera responder el silencio del artículo 50 del Reglamento parlamentario, por lo que no era meridiana la existencia de tal laguna jurídica, única manera de que se hubiera podido integrar el Reglamento.

Se ha vulnerado la reserva de Reglamento y afectado al derecho garantizado en el artículo 23.2 CE, por lo que se otorga el amparo y se anula el Acuerdo del Pleno que disolvió la Comisión no permanente de Investigación de la catástrofe del Prestige.

E) Derecho de propiedad (artículo 33 CE). Delimitación legal del contenido esencial en relación con cuentas corrientes en Sociedades de crédito o Entidades financieras

La **STC 204/2004, de 18 de noviembre,** Pleno, resuelve dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con el artículo 29.2 del Real Decreto Legislativo 1091/1988 por posible vulneración del derecho de propiedad.

El referido precepto legal declara abandonados por su titular y, por ello, propiedad del Estado los saldos de cuentas corrientes abiertas en toda clase de sociedades de crédito o Entidades financieras, respecto de las cuales y en el plazo de veinte años, no se haya practicado gestión alguna por los interesados que impliquen el ejercicio de su derecho de propiedad.

La AP considera que se traspasan los límites de razonabilidad y proporcionalidad al atribuir al Estado saldos de cuentas corrientes que se presumen abandonadas, pues, en primer lugar, se conoce al titular de las mismas, y, además, producen beneficios tanto al titular, al Estado y a la entidad financiera, sin necesidad de gestión alguna.

El TC reconoce que el derecho de la propiedad se configura en la Constitución como un haz de facultades individuales sobre las cosas pero también como un conjunto de derechos y obligaciones establecidos en atención a valores o intereses de la comunidad, de forma acorde con su contenido esencial. Corresponde al legislador, no obstante, delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho.

Determina el TC que la delimitación que hace el legislador de la propiedad en relación con este concreto tipo de bienes respeta el contenido esencial del derecho de propiedad, pues ni modifica la imagen recognoscible del derecho ni hace impracticable el ejercicio por el titular del derecho propiedad sus facultades de dominio ni le despoja de la necesaria tutela. El análisis histórico que realiza la STC permite comprobar que existe una continuidad institucional en la legislación reguladora de la titularidad dominical sobre valores, dinero y bienes muebles depositados en entidades de crédito o financieras. Por ello, la declaración de abandono en relación con los saldos de las cuentas corrientes no es contraria al derecho a la propiedad privada. Tampoco lo es la atribución al Estado, que está basada en su condición de gestor

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Derecho al honor (artículo 18.1 CE)

a) La (¿contradictoria?) aplicación de la doctrina del reportaje neutral

Varias sentencias del TS del presente trimestre resuelven conflictos entre el derecho al honor y la libertad de información utilizando la doctrina del reportaje neutral. La **STS de 18 de noviembre,** ponente Jesús Corbal Fernández, considera lesionado el derecho al honor del demandante, acusado de participar en varios delitos relacionados con la pornografía infantil en un programa de la cadena de televisión Telecinco. En este supuesto, a pesar de que la emisión en que se produjo la acusación era en directo y las manifestaciones no fueron realizadas por el presentador de la cadena, sino por un periodista invitado, el TS no aplica la teoría del reportaje neutral y condena a la cadena televisiva al considerar que para exonerarla de responsabilidad habría sido necesario que la cadena se limitara a reproducir algo que ya fuera conocido. Sin embargo, la información "se produjo y difundió" en el propio espacio televisivo.

En la **STS de 25 de octubre de 2004**, ponente José Almagro Nosete, a pesar de la semejanza de situaciones, la conclusión es bien distinta. En este asunto, el TS hace primar el derecho a la información sobre el derecho al honor del demandante, vinculado por un programa de RTVE a la desaparición de su mujer. En el programa en que se planteó la posibilidad de que el demandante hubiera participado activamente en la desaparición de su mujer, intervinieron las hermanas de ésta y sus hijas, hijas también del demandante. Aplicando la doctrina del reportaje neutral, el TS estima que no cabe exigir ninguna responsabilidad a la cadena en cuanto la misma se limitó a entrevistar a las hermanas y las hijas y a pedir que se continuara con la investigación para aclarar lo ocurrido.

B) Derecho a la propia imagen (artículo 18.1 CE)

a) La difusión de la imagen de una famosa en un momento de su vida privada lesiona su derecho a la propia imagen

STS de 11 de noviembre de 2004, ponente Alfonso Villagómez Rodil. En el presente asunto, el TS considera vulnerado el derecho a la intimidad y la propia imagen de la demandante, famosa por sus apariciones en la prensa del corazón. La fotografía de la demandante, en la cama con un hombre, es publicada en sucesivas ocasiones por la revista Interviú a pesar de que ésta había hecho constar su expreso rechazo a la publicación. Estima el TS que, aunque la demandante es una persona famosa que ha permitido el conocimiento por parte del público de ciertas partes de su vida íntima, esto no supone que deba verse desprotegida de toda protección constitucional y más en aquellos casos en que su imagen ha sido tomada en una esfera íntima, la cama, y no en un lugar público, y la información concreta no puede considerarse de interés general, sino un mero chismorreo dirigido a satisfacer el morbo de ciertos lectores.

b) La difusión de la imagen de una persona en lugar público vulnera su derecho a la propia imagen si no es accesoria y capta un momento de su vida íntima

La **STS de 11 de noviembre 2004**, ponente Clemente Auger Liñán, considera vulnerado el derecho a la propia imagen de los demandantes, una pareja que es fotografiada a la salida del Registro Civil tras haber contraído matrimonio. Considera el TS que, en el presente caso, a pesar de que la fotografía es tomada en la calle, un lugar público, la imagen de los demandantes es captada en un momento de su vida íntima, el matrimonio, y no tiene carácter accesorio, sino principal, en cuanto los demandantes aparecen en el primer plano de la fotografía.

C) Derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad

En la **STS de 13 de octubre de 2004,** ponente González Rivas, se analiza el recurso formulado por un aspirante contra la decisión que le excluía del tercer ejercicio adoptada por el Tribunal que juzgaba las oposiciones para la provisión de plazas del Cuerpo de Letrado de las Cortes. Afirma el TS que el art. 23.2 de la CE consagra un derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas. En este sentido, con carácter general la Constitución reserva a la Ley y, en todo caso, al principio de legalidad, entendido como existencia de norma jurídica previa, la regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que sólo pueden preservarse y, aun antes, establecerse mediante la intervención positiva del legislador, resultando esta exigencia más patente y de mayor rigor e intensidad en el caso de acceso a la función pública que cuando, dentro ya de la misma, se trata del desarrollo y promoción de la carrera administrativa. El derecho proclamado en el art. 23.2 CE incorpora el derecho a la igualdad en la aplicación misma de la Ley, de tal modo que durante el desarrollo del procedimiento selectivo ha de quedar excluida en la aplicación de las normas reguladoras del mismo toda diferencia de trato entre los aspirantes, habiendo de dispensárseles a todos un trato igual en las distintas fases del procedimiento selectivo, pues las condiciones de igualdad a las que se refiere el art. 23.2 CE se proyectan no sólo a las propias "leyes", sino también a su aplicación e interpretación. Se desestima la impugnación tras comprobar que el Tribunal habia procedido a la valoración de conformidad con las Bases de la convocatoria y que tales normas reguladoras de la actuación del Tribunal Calificador, constituidas por las bases de la convocatoria, no le exigían una expresa motivación de sus calificaciones, por lo que la sola expresión de las puntuaciones era suficiente para tenerlas formalmente por válidas y por tanto, no es de apreciar en la actuación del Tribunal Calificador una falta de motivación con entidad invalidante.

D) Derecho a la tutela judicial efectiva y legitimación activa

En la **STS de 9 de diciembre de 2004,** ponente Fernández Montalvo, se resuelve la impugnación contra la norma foral sobre el Impuesto de Sociedades, que se anula. Por lo que se refiere a la legitimación activa indica el TS que implica una especial relación del demandante con el objeto del proceso por la que se otorga capacidad de reacción procesal para la defensa y efectiva reintegración o preservación de un derecho o interés legítimo que forma parte del ámbito jurídico de quien aduce la titularidad. Después de la CE el concepto de interés legitimador que antes tenía que ser directo es ahora simplemente legítimo y se extiende a todos aquellos supuestos en que el recurrente puede conseguir cualquier clase de beneficio, material o jurídico como consecuencia de la sentencia estimatoria de su pretensión.

E) Derecho a la educación

En la **STS de 22 de noviembre de 2004,** ponente González Rivas, el Tribunal Supremo anula y casa la Sentencia del TSJ de Asturias por cuanto la decisión impugnada, una resolución del Consejero de Educación y Cultura del Principado de Asturias, que modifica un concierto educativo al que se hallaba acogido un colegio, era una decisión que afectaba al derecho fundamental a la educación y al derecho de los padres a elegir la enseñanza que desean para sus hijos, lo que obliga a la Administración a motivar sus decisones no siendo suficientes argumentos genéricos, sino con razones concretas, de manera que los actos impugnados inciden por su generalidad en un planteamiento que repercute en el derecho fundamental reconocido en el art. 271 CE.

F) Extranjeros.

a) Nacionalidad

a') Concepto jurídico indeterminado de buena conducta cívica: estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo

Se han dictado diversas Sentencias sobre el concepto de buena conducta cívica a efectos de concesión de la nacionalidad española, entre las que cabe destacar la **STS de 15 de diciembre de 2004,** ponente Sr. González Navarro, en la que en relación a una solicitud de un ciudadano argentino, analiza el concepto jurídico indeterminado de buena conducta cívica que, se afirma, ha de ser apreciado mediante el examen de la trayectoria personal del demandante y que lo que el art. 22.4 CC exige es que el solicitante justifique que su conducta, durante el tiempo de residencia en España y aun antes ha sido conforme a las normas de convivencia cívica. Este concepto no es equiparable a la carencia de antecedentes penales, y se remite a un estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y cualquier individuo.

En la **STS de 11 de octubre de 2004,** Ponente Lecumberri Martí, el Tribunal ratifica su doctrina acerca de que "no basta con que no exista constancia en los registros públicos

de actividades merecedoras de consecuencias sancionatorias penales o administrativas que *per se* impliquen mala conducta, pues lo que el art. 22.4 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta durante el tiempo de estancia en España ha sido conforme con las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo prohibiciones impuestas en el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles, sin que la no constancia de antecedentes penales sea elemento suficiente para justificar la buena conducta cívica según establece la STC 114/1987. En el supuesto enjuiciado la Sala valoró las detenciones policiales del demandante por tráfico de estupefacientes y por dirigir y participar en diversas manifestaciones. Señala el TS que, aun sin tomar en consideración la participación del recurrente en ciertas manifestaciones, recordando el derecho de reunión y manifestación y el concepto de orden público, conforme la STC 50/1990, la valoración negativa de la conducta del demandante en el tiempo que residió en España para rechazar la pretensión de reconocimiento de la nacionalidad resulta ajustada a derecho.

b') Denegación de nacionalidad con fundamento en informes reservados y derecho a la tutela judicial efectiva y de defensa

Se han dictado dos Sentencias que abordan este tema, la **STS de 29 de noviembre de 2004,** ponente Sr. González Navarro, en la que se examina la denegación administrativa de la solicitud de concesión de la nacionalidad española formulada por un ciudadano iraquí, decisión denegatoria que se basa en el círculo de relaciones y actividades que podrían ser contrarias a los intereses nacionales. Al no constar las razones de la denegación, el actor solicitó a la Sala de instancia, y ésta accedió, que se requiriera al Centro Superior de Investigación de Defensa para que remitiera informe sobre el actor, pero éste había sido declarado "materia clasificada" en la categoría de "secreto" y no se remitió. La negativa a desclasificarlo o remitirlo, amparada en la Ley de Secretos Oficiales no permite conocer si las razones alegadas son las únicas justas de aplicación al caso. El TS confirma esta solución indicando que la Administración debió, –sin menoscabo del deber de sigilo y secreto–, hacer trasparentes a los Magistrados las razones de la denegación que por afectar negativamente al interés general, ha sido necesario amparar como secreto oficial, conducta omisiva que implica una merma de las posibilidades de defensa del actor.

En la **STS de 17 de septiembre de 2004** se analiza también la denegación administrativa de la concesión de la nacionalidad española al demandante con fundamento en un Informe del Centro Superior de Información del Ministerio de Defensa que se declaró "materia clasificada" en la categoría "reservado" y que el art. 13 de la Ley de Secretos Oficiales dispone que tales materias no podrán ser comunicadas, difundidas ni utilizados sus contenidos fuera de los límites establecidos en la Ley. Formulado recurso contencioso-administrativo y al no constar cuál era el comportamiento contrario al orden público que se imputaba al demandante, la Audiencia Nacional formuló requerimiento en el que señalaba la necesidad de valoración y entrega del referido informe, requerimiento que fue desatendido por la administración, y, finalmente, ante tal situación, la Sala estima el recurso y accede a la pretensión deducida. El TS confirma tal decisión argumentando que

el deber de reserva no puede llevarse hasta el extremo de hacer posible que mediante una mera fórmula ritual vacía de contenido como la que utilizó la Administración para denegar la nacionalidad al demandante pueda vulnerar el derecho del peticionario al derecho a la tutela judicial efectiva, y resulta coherente con la jurisprudencia de la Sala, entre la que cabe citar la STS de 16 de febrero de 2004.

c') Denegación de la nacionalidad y exigencia de integración en la sociedad española

En la **STS de 29 de octubre de 2004,** Ponente Sra. Robles Fernández, se confirma la desestimación de la concesión de la nacionalidad española por cuanto la demandante, residente en Melilla desde 1989, que estuvo casada con español, –ya fallecido– y tuvo cinco hijos, todos ellos de nacionalidad española, con costumbres musulmanas, no ha acreditado su integración en la sociedad española, extremo que la Sala deduce de su desconocimiento del idioma castellano, y afirma "lo que se traduce en la imposibilidad de tener una mínima relación con esta sociedad".

b) Asilo

En la **STS de 21 de diciembre de 2004,** ponente Sr. Yagüe Gil, se examina la impugnación de la decisión administrativa que inadmitió a trámite la solicitud deducida por el demandante, nacional de Sierra Leona. La Audiencia Nacional desestima el recurso por entender que los motivos alegados por el demandante carecían de la más mínima acreditación, ni siquiera por vía de indicios. El TS estima el recurso de casación y anula la Sentencia de instancia señalando que la Ley de Asilo, Ley 5/1984 utiliza la expresión "Indicios suficientes" al tratar de los requisitos para la concesión del asilo, si bien para la admisión a trámite refiere por razones de fondo establece que la "solicitud no se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles que, por carecer de vigencia actual no fundamenten una necesidad de protección [art. 5.6.d)]. Señala el TS que es un requisito negativo –que no haya manifiesta falsedad o inverosimilitud– y no positivo (indicios suficientes de la persecución) lo que abre el trámite: La Administración no debe juzgar, en fase de admisión a trámite si hay indicios suficientes de la persecución alegada, sino si el relato es o no manifiestamente falso o inverosímil , y basta que no lo sea para que la solicitud merezca el trámite. Por tal razón revoca la Sentencia y declara el derecho del actor a que su solicitud sea admitida a trámite.

En la **STS de 16 de diciembre de 2004,** Ponente Sr. Fernández Valverde, se analiza la decisión de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo deducida por el demandante al apreciar la Administración la inverosimilitud en su relato. El TS revoca la Sentencia de la Audiencia Nacional que había confirmado la inadmisión por entender que la razón alegada por la Administración era insuficiente y por cuanto la Sala, en vez de analizar si los datos, hechos o alegaciones del recurrente eran o no inverosímiles, se limitó a declarar, exclusivamente, que no se había acreditado "tan siquiera indiciariamente la existencia de una persecución personal" (FJ 3º). Frente a lo afirmado, el relato del recurrente, sobre la persecución y hostigamiento por parte del ejército por razón de su actividad sindical determina que la causa invocada resulte, en principio, verosímil e incluida en las causas

de concesión del derecho de asilo. En el mismo sentido estimatorio, dos **SSTS de 17 de noviembre de 2004,** ponente Peces Morate y Ménendez Ménendez, **de 23 de diciembre de 2004,** ponente Yagüe Gil, **23 y 29 de diciembre de 2004,** ponente Sr. Enríquez Sancho, **de 28 y 29 de diciembre de 2004,** ponente Peces Morate.

Javier García Roca
Pablo Santolaya
Raúl Canosa
Rafael Bustos
Isabel Perelló
Alfredo Allué
Ignacio García Vitoria
María Díaz Crego
Miguel Pérez-Moneo

IV. FUENTES DEL DERECHO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Bases. No forma parte de la competencia básica del Estado su participación en la gestión conjunta de los Parques Nacionales; el carácter supraautonómico del ejercicio de competencias no justifica su carácter básico. 3. Ley Orgánica. Las Comunidades Autónomas no pueden legislar sobre la imposición de penas o medidas que impliquen privación de libertad porque constituye reserva de Ley Orgánica. 4. Ley. A) Ley de Presupuestos: no puede modificar tributos salvo que una Ley sustantiva lo prevea. B) Reserva de Ley. a) El derecho al uso de las lenguas oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas no es un derecho fundamental en el sentido constitucional por lo que no está sometido a la reserva de Ley del art. 53 CE. b) La deslegalización de la regulación de la estructura, composición y funciones del Patrimonio Comunal Olivarero por un Decreto-Ley anterior a la Constitución no infringe la reserva constitucional de Ley. C) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley: el Tribunal Constitucional puede diferir en el tiempo la nulidad de los preceptos legales declarados inconstitucionales para evitar posibles perjuicios. **5. Decreto-Ley. La remisión constitucional a la Ley en el art. 31.3 CE no impide dictar un Decreto-Ley en esa materia siempre que no vulnere los límites establecidos por el art. 86 CE. 6. Reglamento.** A) Límites al ejercicio de la potestad reglamentaria: la regulación de las Comisiones de habilitación en el ámbito de la LOU constituye ejercicio de la potestad de autoorganización de la propia Administración. B) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general: no es obligatoria la audiencia en la elaboración de disposiciones de carácter general a asociaciones que no se ven directamente afectadas por el contenido de la norma. **7. Principios Constitucionales.** A) Principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE): no resulta vulnerado si las normas enjuiciadas no son discriminatorias y poseen una

justificación razonable. B) Principio de igualdad: la regulación que impone que para determinar los períodos de cotización de las prestaciones de la Seguridad Social, incluida la prestación por desempleo, hay que computar lo efectivamente cotizado vulnera el principio de igualdad al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo; resulta vulnerado cuando en relación con situaciones equiparables se introducen diferencias de trato que son desproporcionadas y no razonables.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se ha analizado la jurisprudencia constitucional hasta la STC 255/2004, de 22 de diciembre y la jurisprudencia contencioso-administrativa hasta las referencias Ar. 7334, en relación con las SSTS y Ar. 1034, en relación con las SSTSJ, en ambos casos, de 2004.

La sentencia más interesante que es objeto de referencia en esta entrega es la STC 194/2004, de 10 de noviembre, relativa a la regulación de la gestión conjunta por parte del Estado y las Comunidades Autónomas en relación con los Parques Nacionales. En esta sentencia, el Tribunal resume su doctrina jurisprudencial en materia de bases y la aplica a un supuesto en el que se plantean múltiples problemas desde la perspectiva de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

2. BASES. NO FORMA PARTE DE LA COMPETENCIA BÁSICA DEL ESTADO SU PARTICIPACIÓN EN LA GESTIÓN CONJUNTA DE LOS PARQUES NACIONALES

En la **STC 194/2004, de 10 de noviembre,** se plantea si la regulación del sistema de organización y gestión conjunta por la Administración del Estado y la correspondiente Comunidad Autónoma de los distintos parques nacionales (art. 22.3, primer párrafo, de la Ley 4/1989) constituye normativa básica o responde a los criterios constitucionales que caracterizan a las potestades de coordinación del Estado o al principio de cooperación entre Administraciones Públicas en que se apoya nuestro sistema constitucional de distribución territorial del poder.

El citado art. 22.3, primer párrafo, de la Ley 4/1989 cumple los requisitos formales que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional exige en relación con la normativa básica dado que tiene rango legal y tiene atribuido expresamente dicho carácter básico. Sin em-

bargo, por lo que se refiere a su dimensión material, el Tribunal rechaza el carácter básico de esta regulación. Según la jurisprudencia constitucional sólo existen dos supuestos en los que se justifica la intervención básica del Estado de carácter ejecutivo: cuando dicha intervención tenga carácter concreto y puntual y, en segundo lugar, cuando se aprecie que dicha intervención deba llevarla a cabo excepcionalmente el Estado porque no pueda garantizarse que la ejecución autonómica preserve el efectivo cumplimiento de la normativa básica de que se trate.

Por lo que se refiere al primero de los requisitos, el establecimiento de un sistema de gestión conjunta entre el Estado y la correspondiente Comunidad Autónoma de los parques nacionales no supone el ejercicio de actuaciones concretas y puntuales del Estado para administrar una determinada actividad, sino que significa una intervención genérica u horizontal que se proyecta sobre toda la función gestora, intervención para la que el Estado no tiene competencia según la Constitución.

En cuanto al segundo de los requisitos, la atribución al Estado de una intervención general en el ámbito de la gestión, no puede subsumirse en la actuación excepcional que únicamente permite el ejercicio de competencias básicas. Además, la propia redacción del precepto impide apreciar al Tribunal si la medida hubiera podido ser aplicada por las Comunidades Autónomas sin perturbar el cumplimiento de algún criterio básico de carácter normativo.

Tampoco cabe considerar que el precepto impugnado puede suponer el ejercicio por parte del Estado de la potestad de coordinación que le atribuye la titularidad de competencias básicas en esta materia. No es propio de la potestad coordinadora del Estado el establecimiento de unos mecanismos de coordinación que le otorgan competencias de gestión de las que carece. La coordinación consiste en el establecimiento de sistemas y procedimientos que propicien la integración de las partes del conjunto, pero ello debe realizarse de modo que en dicha integración cada parte realice las funciones para las que está constitucionalmente habilitado.

El carácter supraautonómico del ejercicio de competencias no justifica su carácter básico.

La eficacia supraautonómica de determinadas medidas o actuaciones no justifica en sí misma su carácter básico, dado que en otro caso sería suficiente extender los efectos de una medida de carácter ejecutivo a todo el territorio nacional para que se generase sin mayor justificación una modificación del orden constitucional de competencias. Sólo se justifica este carácter básico en aquellos casos en que, además del alcance territorial superior al de una Comunidad Autónoma del objeto de la competencia, la actividad pública que se ejerza sobre el mismo no sea susceptible de fraccionamiento y aún en este caso, dicha actuación no pueda llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación y coordinación, sino que requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un solo titular que forzosamente deba ser el Estado, o cuando sea necesario recurrir a un ente con capacidad de integrar intereses contrapuestos de varias Comunidades Autónomas **(STC 194/2004, de 10 de noviembre).**

3. LEY ORGÁNICA. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS NO PUEDEN LEGISLAR SOBRE LA IMPOSICIÓN DE PENAS O MEDIDAS QUE IMPLIQUEN PRIVACIÓN DE LIBERTAD PORQUE CONSTITUYE RESERVA DE LEY ORGÁNICA

En la **STC 243/2004, de 16 de diciembre**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra determinados preceptos de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 6/1995, de 21 de marzo, de actuación de la Comunidad Autónoma en aplicación de las medidas judiciales sobre menores infractores.

En relación con esta materia el Tribunal Constitucional expone que pertenecen al ámbito de la legislación penal y, en consecuencia, a la competencia estatal *ex* art. 149.1.6 CE, la regulación de las medidas correctoras que pueden acordar los órganos jurisdiccionales integrantes de la justicia de menores. La imposición de una medida privativa de libertad, constituye objeto de reserva de Ley Orgánica en virtud del art. 81.1 CE. En consecuencia, las medidas reguladas por el art. 7 de la Ley autonómica que implican privación de libertad, son inconstitucionales por invadir la reserva de Ley Orgánica.

4. LEY

A) Ley de Presupuestos: no puede modificar tributos salvo que una ley sustantiva lo prevea

La **SAN de 8 de noviembre de 2004**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 1490, resuelve el recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central que desestimaba la reclamación realizada por la entidad actora, con relación al pago del Canon de Superficie de Minas correspondiente al permiso de investigación o concesión de explotación.

La argumentación de la recurrente se basa en la inadecuación de los incrementos generales del importe del canon llevados a cabo por las Leyes de Presupuestos correspondientes, ya que no existe una previsión en la normativa sustantiva de esa elevación de los tipos, lo que supone una vulneración de lo dispuesto en el art. 134.7 CE.

Una vez despejadas las posibles dudas sobre el carácter de tasa fiscal del controvertido Canon, afirma la Audiencia que, consecuentemente, dada su naturaleza, le es de aplicación la reserva de ley contenida en los arts. 31.3 y 133.1 y 3 CE, que, según el Tribunal Constitucional, debe aplicarse para la creación *ex novo* de un tributo y la determinación de los elementos configuradores del mismo. Por tanto, en conexión con el art. 134.7 CE, que prohíbe la modificación de tributos por Ley de Presupuestos, salvo que una ley tributaria así lo prevea, concluye que la Ley de Presupuestos no podía modificar el Canon hasta 1998, momento en que se dicta la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificaciones del Régimen Legal de Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público que permite expresamente en su Disposición Final Segunda esa posibilidad.

B) Reserva de Ley

a) El derecho al uso de las lenguas oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas no es un derecho fundamental en el sentido constitucional, por lo que no rige la especial reserva de Ley para estos derechos

Las **SSTSJ de Navarra de 30 de septiembre**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 1033 y 1034, se refieren a los recursos contencioso-administrativo, interpuestos por la Mancomunidad de Euskera Bortziriak y el Ayuntamiento de Etxauri, respectivamente, contra el Decreto Foral 29/2003, de 10 de febrero, por el que se regula el uso del vascuence en las Administraciones Públicas de Navarra.

Parte de las alegaciones se centran en una posible vulneración de la reserva de Ley por parte del Decreto impugnado. Al respecto afirma el Tribunal que, aunque se reconozca un derecho al uso de las lenguas oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas, ello no configura un derecho fundamental al uso de las mismas en el sentido del Título II del Capítulo II, Sección 1ª, de la CE, por lo que no rige la reserva de Ley ni la especial protección que la Constitución garantiza para los derechos fundamentales (art. 53.1 CE). De modo que la disposición impugnada ha de encuadrarse en el marco de la Ley Foral 18/1986, de 15 de diciembre, relativa al uso del vascuence en Navarra, que constituye el título habilitante para el desarrollo del Decreto impugnado y el límite al ejercicio de la potestad reglamentaria manifestado en el mismo. Posteriormente, habrá que comprobar si la norma reglamentaria excede ese marco, para lo cual, el Tribunal realiza un detallado estudio de cada uno de los preceptos impugnados. En este sentido, declara la imposibilidad de que el Decreto desarrolle, de forma autónoma, el derecho de adscripción indistinta de los funcionarios a los diversos puestos, ya que supone regular elementos nucleares del estatuto funcionarial sin que exista una cobertura legal para ello. Asimismo, afirma que el contenido de dos preceptos del Decreto excede de lo que constituye el objeto propio de un reglamento ejecutivo, al efectuar una posible equiparación del euskera con determinadas lenguas europeas, que pudiera exceder del rango y la protección que se otorga a la lengua vasca. Por último, considera contraria a la ley la regulación dispuesta en el Reglamento referida a que las comunicaciones o notificaciones desde órganos administrativos de la zona mixta a residentes en zona vascófona se efectúen en castellano, cuando realmente es el lugar de residencia del ciudadano el que determina la lengua a utilizar, pues es el órgano administrativo el que ha de acomodarse al ciudadano, que posee el derecho a la lengua. En consecuencia, el Tribunal declara la nulidad de los preceptos que contenían dicha regulación.

b) La deslegalización de la regulación de la estructura, composición y funciones del Patrimonio Comunal Olivarero por un Decreto-Ley anterior a la Constitución no infringe la reserva constitucional de Ley

En la **STS de 20 de octubre de 2004,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 7334, se resuelve el recurso contencioso-administrativo directo interpuesto por la Unión del Olivar Español contra el Real Decreto 1053/2002, de 11 de octubre, por el que se declara extinta la corporación de derecho público Patrimonio Comunal

Olivarero, y se autoriza al Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación para formalizar la constitución de una fundación.

Ante las alegaciones de inconstitucionalidad y de vulneración de la reserva de ley de la transformación llevada a cabo por el reglamento, afirma el Tribunal que la Ley 14/2000, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en la que se basa el reglamento impugnado, no supone la deslegalización, con la consiguiente atribución a la potestad reglamentaria de la Administración, de una materia reservada a normas con rango de Ley, pues, en todo caso, la deslegalización ya habría sido efectuada por la norma preconstitucional constituida, el Real Decreto-Ley 31/1977, en ejecución del cual han sido acordadas las normas reglamentarias por las que se ha venido rigiendo la estructura, composición, funciones y finalidades del Patrimonio Comunal Olivarero; en nada altera esa circunstancia que dentro de las previsiones contenidas en la Ley 14/2000 figure la habilitación reglamentaria para llevar a cabo la conversión en Fundación de la Corporación de Derecho Público.

C) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley: el Tribunal Constitucional puede diferir en el tiempo la nulidad de los preceptos legales declarados inconstitucionales para evitar posibles perjuicios

En la **STC 194/2004, de 10 de noviembre**, el Tribunal precisa el alcance del fallo contenido en la misma, ya que la declaración de inconstitucionalidad de algunos de los preceptos enjuiciados podría producir graves perjuicios a los recursos naturales de los parques nacionales si dicha declaración de inconstitucionalidad conllevara la nulidad inmediata de los preceptos correspondientes.

En los supuestos en que se dirimen conflictos competenciales entre el Estado y una Comunidad Autónoma el objeto primordial de la Sentencia constitucional radica en la determinación de la titularidad de la competencia controvertida. Una vez alcanzada esta conclusión fundamental deben evitarse al máximo los posibles perjuicios que esta declaración puede producir en el entramado de bienes, intereses y derechos afectados.

En consecuencia, dado que en este supuesto la inmediata nulidad de los preceptos declarados inconstitucionales que establecían la gestión conjunta del Estado y las Comunidades Autónomas de los Parques Nacionales 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, el Tribunal dispone que la declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos no lleve aparejada su inmediata declaración de nulidad, la cual se difiere hasta el momento en el que las Comunidades Autónomas regulen las modalidades de gestión de los parques nacionales de su competencia.

5. DECRETO-LEY. LA REMISIÓN CONSTITUCIONAL A LA LEY EN EL ARTÍCULO 31.3 CE NO IMPIDE DICTAR UN DECRETO-LEY EN ESA MATERIA SIEMPRE QUE NO VULNERE LOS LÍMITES ESTABLECIDOS POR EL ARTÍCULO 86 CE

En la **STC 245/2004, de 16 de diciembre,** se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Nacional en relación con el art. 1 del Real Decreto-Ley 2/1996, de 26 de enero, sobre determinadas prestaciones patrimoniales de carácter público gestionadas por la Administración General del Estado y los entes públicos de ella dependientes. El órgano judicial plantea la posible vulneración por el citado Real Decreto-Ley del principio de reserva de Ley establecido por el art. 31.3 CE, tal como viene siendo interpretado por la doctrina constitucional, y de lo establecido en el art. 86.1 CE respecto de las materias vedadas al Decreto-Ley.

El Tribunal aclara en primer lugar que el hecho de que una materia esté reservada a la Ley ordinaria, con carácter absoluto o relativo, no excluye *eo ipso* la regulación extraordinaria y provisional de la misma mediante Decreto-Ley, porque la mención de la Constitución a la Ley no es identificable en exclusiva con el de Ley en sentido formal. Para comprobar si tal disposición legislativa provisional se ajusta a la Norma Fundamental, habrá que ver si reúne los requisitos establecidos en el art. 86 CE y si no invade ninguno de los límites en él enumerados o los que, en su caso, se deduzcan racionalmente de otros preceptos del Texto constitucional, como, por ejemplo, las materias reservadas a Ley Orgánica o aquellas otras para las que la Constitución prevea *expressis verbis* la intervención de los órganos parlamentarios bajo forma de Ley.

El órgano judicial que propone la cuestión de inconstitucionalidad no fundamenta adecuadamente en este caso por qué se vulnera el art. 86.1 CE; la vinculación que realiza en el planteamiento de la cuestión entre el art. 86 CE y el art. 31.3 CE no aporta nada a estos efectos, dado que este último precepto sólo establece una reserva de ley y no constituye ningún derecho o libertad regulado por el Título I de la Constitución cuya regulación está prohibida al Decreto-Ley.

6. REGLAMENTO

A) Límites al ejercicio de la potestad reglamentaria: la regulación de las Comisiones de habilitación en el ámbito de la LOU constituye ejercicio de la potestad de autoorganización de la propia Administración

La **STS de 19 de octubre de 2004**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 7026, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular contra el Real Decreto 774/2002, de 26 de julio, que regula el sistema de habilitación nacional para el acceso a cuerpos de funcionarios docentes universitarios, al considerar que incurre en un exceso de ejercicio de poder reglamentario en la regulación de las Comisiones de habilitación, y al apartarse del contenido de la LOU en otros puntos, sin que exista para ello una justificación racional.

Al respecto, señala el Tribunal que el Reglamento impugnado está dictado al amparo de la Disposición Final Tercera de la LOU, que habilita al Gobierno y las Comunidades Autónomas a dictar las normas de desarrollo necesarias para la aplicación de la Ley, que sólo dicta las líneas fundamentales y aspectos generalizados de la regulación, pudiéndose considerar, además, que la regulación de las Comisiones de habilitación se encuadra en el ámbito de la potestad de autoorganización de la propia Administración.

En este mismo sentido se pronuncian las **SSTS de 26 de octubre de 2004**, Ar. 6350, 6351 y 6352, en casos análogos.

B) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general: No es obligatoria la audiencia en la elaboración de disposiciones de carácter general a asociaciones que no se ven directamente afectadas por el contenido de la norma

En la **STS de 22 de septiembre de 2004**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 6246, se resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Técnicos Agrícolas de España contra el Real Decreto 595/2002, de 28 de junio, que regula la habilitación para ejercer las profesiones de enólogo, técnico especialista en viticultura y técnico en elaboración de vinos, al no habérseles dado audiencia en la elaboración del mismo.

Afirma el Tribunal, admitiendo la alegación del Abogado del Estado, que no se ha vulnerado ningún derecho del Colegio Oficial recurrente, ya que la norma impugnada regula exclusivamente las situaciones transitorias de quienes habían venido ejerciendo la profesión de enólogo antes de que se creara el título oficial correspondiente; en este sentido, se había dado la preceptiva audiencia a la organización que representa a dicho colectivo, sin que pueda afirmarse que los Técnicos Agrícolas se vean afectados por la norma.

7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE): no resulta vulnerado si las normas enjuiciadas no son discriminatorias y poseen una justificación razonable

En la **STC 242/2004, de 16 de diciembre,** se plantea la posible vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) por determinados preceptos de la Ley de Comunidad de Madrid 11/1985, de 19 de diciembre, de presupuestos generales para el año 1986 así como de la Ley 5/1986, de 25 de junio, que regula las tasas de la Comunidad de Madrid. Las normas cuya constitucionalidad se cuestiona autorizan la imposición de dos tasas de la misma cuantía en los casos en que se realizan obras, instalaciones y construcciones en zonas de dominio público, tramo interurbano de las carreteras de la Comunidad: una por la realización de las obras, instalaciones o construcciones en dominio público, y otra por la utilización privativa o aprovechamiento especial de ese mismo dominio público. Se plantea ante el Tribunal Constitucional si esta

regulación determina una duplicidad de gravamen por la realización del mismo hecho imponible que resultaría contraria al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

El Tribunal, tras aclarar que la existencia de un doble gravamen por una misma manifestación de riqueza no es inconstitucional si no vulnera el principio de capacidad económica y la prohibición de no confiscatoriedad a que hace referencia el art. 31.1 CE, manifiesta que en este supuesto no se produce duplicidad tributaria. Las tasas, cuya aplicación conjunta se cuestiona desde la perspectiva del art. 9.3 CE, se exigen por conceptos distintos, en tanto que expresivos de diferentes manifestaciones de capacidad económica: de un lado, la licencia o autorización para realizar construcciones, instalaciones u obras, con independencia de que éstas tengan o no lugar en el dominio público; de otro, el aprovechamiento por el interesado de bienes del dominio público que, bien produce restricciones del uso público o especial depreciación de los bienes o instalaciones, bien tiene por fin un beneficio particular, aunque no produzca restricciones del uso público, ni depreciación especial de los bienes o instalaciones.

En consecuencia, el Tribunal concluye que en las normas analizadas no existe vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos pues ni son causantes de discriminación alguna, ni carecen de justificación razonable.

B) Principio de igualdad: la regulación que impone que para determinar los períodos de cotización de las prestaciones de la Seguridad Social incluida la prestación por desempleo hay que computar lo efectivamente cotizado vulnera el principio de igualdad al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo; resulta vulnerado cuando en relación con situaciones equiparables se introducen diferencias de trato que son desproporcionadas y no razonables

El principio de contributividad que informa el sistema español de Seguridad Social justifica que el legislador establezca que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, de donde resultará lógicamente una prestación de cuantía inferior para los trabajadores a tiempo parcial frente a aquellos que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa. Sin embargo, lo que no aparece justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, diferenciación, por tanto, arbitraria y que además conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar el acceso a la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, situación esta que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras. Esta regulación, que establece el párrafo segundo del art. 12.4 ET en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, lesiona el art. 14 CE, al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo, ya que impone que para determinar los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas **(STC 253/2004, de 22 de diciembre).**

En la **STC 255/2004, de 22 de diciembre,** se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 19.2.b) de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del

impuesto sobre la renta de las personas físicas, por su posible contradicción con el art. 14, en relación con el 31, ambos de la Constitución. La norma cuestionada establece una discriminación irrazonable al autorizar la deducción variable en los supuestos de tributación conjunta únicamente cuando las fuentes de renta de los miembros de la unidad familiar sean ajenas al círculo familiar, y no así cuando exista una transferencia de rentas de un miembro de la unidad familiar a otro, bien por razón de trabajo dependiente, bien con ocasión de la realización de actividades económicas.

El Tribunal declara la inconstitucionalidad del precepto cuestionado por vulnerar el principio de igualdad en la contribución al sostenimiento de los gastos del Estado (art. 31.1 CE), al imponer a aquellas unidades familiares en la que uno de los miembros satisface a otro rendimientos del trabajo o de actividades profesionales, empresariales o artísticas, la imposibilidad real de optar por la declaración conjunta o separada, imponiéndose *ex lege* una declaración única. En la medida en que esta regulación resulta desproporcionada y carente de justificación razonable el Tribunal Constitucional declara que infringe el principio de igualdad ante las cargas públicas.

En la **STC 199/2004, de 15 de noviembre,** se resuelve un recurso de amparo interpuesto por vulneración del principio de igualdad reconocido en el art. 14 CE. Se trata de un supuesto en el que, aunque consta la existencia de matrimonio, no se reconoce pensión de viudedad por no estar inscrito dicho matrimonio en el Registro Civil, pese a no ser éste un requisito exigido legalmente a estos efectos. Este requisito de la inscripción provoca que no se equipare la situación de los afectados a la del resto de los matrimonios canónicos sino con las parejas de hecho, a efectos de reconocer la pensión de viudedad.

La norma aplicada dispone que "tendrán derecho a la pensión de viudedad quienes sean o hayan sido cónyuges legítimos del causante de los derechos pasivos". El diferente trato otorgado al recurrente es consecuencia, no del hecho de no haber contraído matrimonio, sino de no inscribirlo en el Registro Civil, siendo esta circunstancia la que fundamenta la denegación de la pensión en las resoluciones administrativas y la que posteriormente ratifica el órgano judicial, que constituye el objeto del recurso de amparo.

En rigor, la norma que es objeto de aplicación no contiene de modo expreso la exigencia de la inscripción registral para ostentar la condición de cónyuge legítimo. La exigencia de la inscripción en el Registro Civil supone introducir una diferencia añadida, que en modo alguno puede calificarse de objetiva y razonable y que resulta desproporcionada al exceder dicho requisito de la finalidad de la norma prestacional.

Prueba de su falta de razonabilidad es que su exigencia en el supuesto enjuiciado aboca a considerar que el demandante de amparo no ostenta la condición de cónyuge legítimo, pese a haber quedado admitido su válido vínculo matrimonial y que su situación resulta semejante a la de las parejas de hecho cuando éstas suponen el ejercicio del derecho a no contraer matrimonio. Sin embargo, a efectos de este supuesto, el matrimonio canónico contraído por el recurrente con su fallecida esposa es exactamente igual a cualquier otro

matrimonio que haya tenido acceso al Registro Civil, lo que determina que la actuación administrativa confirmada por el órgano judicial ha introducido una desigualdad no justificada, contraria al art. 14 CE, que causa el otorgamiento del amparo.

En la **STC 186/2004, de 2 de noviembre**, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto contra determinadas resoluciones judiciales que, en aplicación de la normativa en vigor, disponen el cobro de la pensión de viudedad entre los cónyuges supérstites del fallecido en proporción al respectivo tiempo de convivencia con el causante.

La recurrente sostiene la existencia de un tratamiento desigual de las pensiones de viudedad concedidas a las viudas que se casaron con un soltero con respecto a las viudas casadas con quien había contraído un anterior matrimonio que se disolvió por divorcio o que fue declarado nulo, ya que a estas últimas se les depara un trato peyorativo al reconocerles una diferente cuantía de la pensión, que carece de justificación objetiva y razonable. En este sentido, la recurrente califica de discriminatoria la atribución a la anterior cónyuge de una parte de la pensión de viudedad *prorrata temporis*, toda vez que el desequilibrio económico como consecuencia de la muerte del causante de la pensión lo sufre únicamente el cónyuge supérstite, que, sin embargo, ve reducida la cuantía de la pensión que le corresponde, pues a sus expensas se mejora la situación de un anterior cónyuge que no sufre perjuicio económico alguno.

Para el Tribunal el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, pues no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que exista una justificación razonable para ello. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida. En resumen, el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

A juicio del Tribunal, la opción de no excluir de la titularidad de la pensión de viudedad a quienes anteriormente tuvieron la condición de cónyuges y que como tales convivieron con el causante durante un cierto lapso de tiempo tiene una justificación razonable, sin que, por otro lado, ofrezca dudas la proporcionalidad de la solución, pues ésta enlaza directamente con el tiempo de convivencia con el causante y justamente el criterio de reparto opera en proporción a dicho tiempo. En consecuencia el Tribunal entiende que no se ha vulnerado el principio de igualdad que regula el art. 14 CE.

En las **SSTS de 26 de octubre de 2004**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 6350, 6351 y 6352, resuelve el Tribunal los correspondientes recursos contencioso-administrativo interpuestos contra el Real Decreto 774/2002, de 26 de julio, por el que se regula el sistema de habilitación nacional para el acceso a cuerpos de funcionarios docentes universitarios y el régimen de los concursos de acceso.

Parte de la argumentación de los recursos se centra en la existencia de una vulneración de la igualdad ante la ley consagrada en el art. 14 CE, ya que el reglamento impugnado excluye, como regla general, de las Comisiones de Habilitación a los funcionarios miembros de los Cuerpos Docentes que se encuentren en situación de excedencia voluntaria por estar prestando servicios en la Universidad Privada; y para poder formar parte de dichas Comisiones les impone requisitos adicionales, que no se exigen a otros funcionarios en situaciones distintas de la excedencia.

Ante esta alegación señala el Tribunal que, aun cuando en lo que atañe a fines, no hay gran diferencia entre la Universidad Pública y la Privada, sí la hay en cuanto a las fuentes jurídicas aplicables, que son distintas. Y de ahí que pueda entenderse que en la situación de excedencia el funcionario deja en suspenso el vínculo o relación de servicios que le ligaba con la Universidad estatal, queda fuera de la actividad pública docente, por lo que no se encuentra en situación de igualdad con relación al funcionario en servicio activo o asimilado. De modo que no se realiza una diferenciación arbitraria, carente de una justificación objetiva y razonable, que pueda considerarse contraria a la igualdad consagrada constitucionalmente, porque las situaciones no son iguales.

Y aun va más allá el Tribunal, pues a ese juicio de igualdad, esto es, de justificación y razonabilidad de la diferenciación realizada, se ha de acompañar un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida por el legislador; juicio que también supera la medida adoptada por la disposición impugnada.

En estos mismos términos se pronuncia también la **STS de 20 de octubre de 2004**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 6083, al referirse a la impugnación del Reglamento General de Ingreso en los Centros Docentes de Formación del Cuerpo de la Guardia Civil.

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. Distinción acto y disposición de carácter general. A) El Decreto de un Alcalde por el que se legalizan varias antenas de radiocomunicación es un acto administrativo aunque tenga una pluralidad de destinatarios. **3. Formas de actuación de la Administración.** A) No constituyen "vía de hecho" las medidas cautelares de alerta alimentaria adoptadas por la Administración en relación con determinados productos alimenticios si siguen el procedimiento legalmente establecido para su adopción. **4. Requisitos del acto administrativo.** A) Motivación suficiente en la resolución que excluye a un médico que solicita el título de especialista del procedimiento de obtención del mismo. B) Necesidad de motivar la avocación de competencias prevista en el art. 14 LRJPAC. C) Requisitos del acto en el procedimiento administrativo sancionador. **5. Procedimiento administrativo.** A) Ilegalidad de la inadmisión a trámite de una solicitud de asilo en la que se alega alguna de las causas previstas en la Ley. B) Caducidad. a) La caducidad de la LRJPAC no es extensible a los procedimientos tributarios. b) Caducidad en un procedimiento de solicitud de exención del IBI. C) Audiencia. a) No hay necesidad de una segunda audiencia en un procedimiento de declaración de impacto ambiental en el que finalmente la Administración elige una opción inicialmente prevista como subsidiaria. b) No se omite el trámite de audiencia si se abre un período de información pública en el que el recurrente realiza las alegaciones que estimó oportunas. c) Omisión del trámite de audiencia que no causa indefensión. D) Silencio administrativo. a) No cabe silencio *contra legem*. b) Inexistencia de silencio positivo cuando la Administración procede a un "rechazo implícito" de lo solicitado por el particular. E) Derecho de acceso a archivos

y registros. a) El derecho de acceso a archivos y registro no ampara las solicitudes genéricas. b) Obligación administrativa de tener a disposición de los ciudadanos copias completas del planeamiento vigente. **6. Invalidez.** A) La no respuesta expresa y singular a las alegaciones no supone la nulidad de la resolución. B) Subsistencia de actos firmes en casos de nulidad de normas impugnadas en recursos indirectos. C) La declaración de caducidad acordada por el Alcalde de una concesión otorgada por el pleno es nula de pleno derecho. D) Nulidad improcedente por subsanación del superior jerárquico. E) La sanción disciplinaria impuesta por Comisión de Gobierno municipal es nula de pleno derecho por razones de competencia. F) Es nula la sanción impuesta con base en un Concierto suscrito entre los representantes sindicales y corporativos de los laboratorios farmacéuticos y la Seguridad Social para la adquisición y dispensación de productos farmacéuticos. G) Invalidez por defectos formales. **7. Eficacia y ejecución forzosa.** A) La notificación al interesado se equipara a la notificación a su representante. B) El segundo intento de notificación con una diferencia de sesenta minutos cumple la exigencia de que se practique "en hora distinta". **8. Eliminación del acto.** A) Errores materiales o de hecho en mesas electorales.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de marzo a noviembre con respecto a las sentencias de los Tribunales de Justicia, y de los meses de marzo a octubre por lo que respecta a las del Tribunal Supremo. En este perídodo se sigue la jurisprudencia consolidada en cuestiones relativas a los requisitos del acto y al procedimiento administrativo. Presenta interés un pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el que se anula la sanción impuesta con base en un Convenio de colaboración suscrito entre la Administración y representantes sindicales y corporativos de los farmacéuticos por entender que, aunque dicho Convenio tiene naturaleza negocial, necesita cobertura legal para incorporar un régimen de infracciones y sanciones.

2. DISTINCIÓN ACTO Y DISPOSICIÓN DE CARÁCTER GENERAL

A) El Decreto de un Alcalde por el que se legalizan varias antenas de radiocomunicación es un acto administrativo aunque tenga una pluralidad de destinatarios

Esto afirma la **STSJ de Castilla y León de 31 de marzo de 2004**, Ar. 648, en la que se discute la naturaleza jurídica del referido Decreto. En este sentido el tribunal se pronuncia

declarando su naturaleza de acto administrativo aunque tenga por destinatarios una pluralidad indeterminada de sujetos, en este caso, las operadoras titulares de instalaciones de radiocomunicación. La sentencia toma como criterio diferenciador entre los reglamentos y los actos administrativos "que los primeros pasan a integrarse en el ordenamiento jurídico y son susceptibles de una pluralidad de aplicaciones y que los segundos tienen un carácter 'ordenado', pues se producen en aplicación de aquél, y se agotan o consumen con su cumplimiento o ejecución. Mientras el reglamento innova el ordenamiento, el acto se limita a aplicar el ordenamiento a un supuesto dado". Se concluye así que el Decreto es un simple acto administrativo general, que concreta las medidas que la Alcaldía del Ayuntamiento adoptó en el ejercicio de sus competencias en materia medioambiental y urbanística. Consecuentemente, el Tribunal estima que no se vulneró el procedimiento establecido para la elaboración de las disposiciones generales, ni hubo infracción de las reglas de la competencia.

3. FORMAS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

A) No constituyen "vía de hecho" las medidas cautelares de alerta alimentaria adoptadas por la Administración en relación con determinados productos alimenticios si siguen el procedimiento legalmente establecido para su adopción

Así lo declara la **SAN de 9 de junio de 2004**, Ar. 667, en relación con determinadas medidas consistentes en la inmovilización cautelar de productos alimentarios adoptadas por la Agencia Española de Seguridad Alimentaria. Dichas medidas fueron acordadas después de que se siguieran los requisitos procedimentales previstos en la legislación sobre protección y defensa de los consumidores usuarios, y en los reglamentos que la desarrollan (Real Decreto 44/1996, sobre medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor, sustituido por el Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, de seguridad general de los productos). Esta normativa permite, en caso de que alguno de los productos que se comercializan represente algún riesgo para la salud, adoptar medidas necesarias para que tal riesgo finalice, llegando, si fuere necesario a su retirada del mercado.

4. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Motivación suficiente en la resolución que excluye a un médico que solicita el título de especialista del procedimiento de obtención del mismo

Es el supuesto del que conoce la **STSJ de Madrid de 16 de junio de 2004**, Ar. 607, cuando enjuicia una resolución por la que se excluye a un médico que solicita el título de especialista en medicina preventiva y salud pública del procedimiento de obtención del mismo porque no cumple con los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico. Concretamente señala la sentencia que el solicitante no acredita el número mínimo de años de experiencia práctica en ejercicio de la medicina aunque certifique, en cambio, haber desarrollado una actividad como investigador y docente universitario en el área

de conocimiento de la mencionada especialidad. El Tribunal entiende que no se vulnera el principio de igualdad del art. 14 CE por la norma que regula la obtención de títulos de especialista, y que en este caso, la resolución por la que se le excluye está motivada porque individualiza la situación del afectado y concreta los motivos para su exclusión del procedimiento establecido en la normativa aplicable.

B) Necesidad de motivar la avocación de competencias prevista en el artículo 14 LRJPAC

Así se señala en la **STSJ de Madrid de 24 de abril de 2004**, Ar. 629, en relación con la resolución por la que el Consejero de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid, avoca para sí la competencia para conocer y resolver el expediente relativo al Plan de Labores para la explotación de determinados recursos mineros. Considera el tribunal que "la mera reproducción de las circunstancias establecidas en el art. 14 LRJPAC sin concreción alguna acerca de su concurrencia en el supuesto examinado no satisface el requisito de motivación exigido. Pero el defecto formal no puede considerarse como causante de indefensión por cuanto el particular conoce las circunstancias especiales concurrentes en los expedientes de concesión de derechos mineros, y, por otra parte, el recurrente no alegó en qué medida le ha podido causar indefensión".

C) Requisitos del acto en el procedimiento administrativo sancionador

Se exige la culpabilidad como requisito de toda infracción administrativa, pues como declara el TS, en **STS de 13 de octubre de 2004**, Ar. 5998, la potestad sancionadora administrativa es de la misma naturaleza de la potestad penal, por lo que el ilícito administrativo, como el penal, tienden a conseguir la individualización de la responsabilidad y vedan la posibilidad de crear una responsabilidad objetiva. Estas consideraciones se formulan en un recurso contra un acuerdo dictado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial que impone una sanción a un magistrado por retrasos reiterados, excesivos e injustificables a la hora de dictar sentencias en una serie de procedimientos judiciales civiles.

5. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Ilegalidad de la inadmisión a trámite de una solicitud de asilo en la que se alega alguna de las causas previstas en la Ley

Así lo reconoce la **STS de 13 de octubre de 2004**, Ar. 6023, en la que se sostiene que dicha solicitud de asilo sólo puede ser inadmitida a trámite cuando no se alegue ninguna de las causas que dan lugar a la condición de refugiado conforme a lo previsto en el art. 5.6 de la Ley de Asilo 5/1984, modificada por Ley 9/1994. Esto es así, según el tribunal, con independencia de si la alegación invocada se basa en hechos verosímiles y vigentes, –en este caso la persecución por motivos de raza– es decir, si concurre o no la causa alegada, cuestión que se ventilará en un momento posterior.

B) Caducidad

a) La caducidad de la LRJPAC no es extensible a los procedimientos tributarios

La **SAN de 25 de marzo de 2004**, Ar. 999, afirma que la caducidad que, como causa extintiva de los procedimientos administrativos, se prevé en la LRJPAC, no es extensible a los procedimientos tributarios que se rigen, de conformidad con lo que establece la Disposición Adicional Quinta, apartado primero, de la expresada Ley, por la legislación tributaria. Es especialmente significativo que el párrafo segundo de la citada Disposición establezca al respecto que "en todo caso, en los procedimientos tributarios, los plazos máximos para dictar resoluciones, los efectos de su incumplimiento, así como, en su caso, los efectos de la falta de resolución serán los previstos en la normativa tributaria".

b) Caducidad en un procedimiento de solicitud de exención del IBI

No se produce la caducidad en un procedimiento iniciado a solicitud del interesado, concretamente de solicitud de exención del IBI, cuando, como resulta del caso enjuiciado en la **STS de 18 de julio de 2004**, Ar. 5811, el incumplimiento imputable al particular consiste en que no presentó en plazo una documentación requerida por la Administración, pero que no era exigible según el ordenamiento jurídico tributario para obtener la mencionada exención.

C) Audiencia

a) No hay necesidad de una segunda audiencia en un procedimiento de declaración de impacto ambiental en el que finalmente la Administración elige una opción inicialmente prevista como subsidiaria

La **STS de 7 de abril de 2004,** Ar. 5012, conoce de la impugnación de la resolución administrativa por la que se modifica el condicionado ambiental de la declaración de impacto ambiental de un plan de explotación de una concesión minera. En el procedimiento seguido la Administración inicialmente se decidió por una determinada opción de explotación pero, a la vista de las alegaciones, se planteó subsidiariamente una segunda opción, que fue finalmente por la que se decantó la Administración. Esto conduce a que el tribunal declare que no existe un procedimiento nuevo e independiente, sino la continuación del inicialmente seguido, sin que resulte, por tanto, necesario la realización de un nuevo trámite de audiencia.

b) No se omite el trámite de audiencia si se abre un período de información pública en el que el recurrente realiza las alegaciones que estimó oportunas

Así lo entiende el Tribunal Supremo, en **STS de 5 de julio de 2004**, Ar. 5669, en la que se recurre una determinada declaración de agua mineral natural dictada por la Dirección General de Industria.

c) Omisión del trámite de audiencia que no causa indefensión

Según constante jurisprudencia, y como recuerda la **STS de 19 de mayo de 2004**, Ar. 5304, "no se causa indefensión material alguna si en sede jurisdiccional el interesado ha podido alegar y probar lo que a su derecho ha convenido".

D) Silencio administrativo

a) No cabe contra *silencio legem*

Conforme declara la **STS de 15 de septiembre de 2004**, Ar. 5830, siguiendo jurisprudencia constante, no tiene lugar el silencio administrativo positivo cuando se solicita el reconocimiento de derechos o facultades que no pueden obtenerse por resolución expresa por contradecir las previsiones de la normativa aplicable. En este caso se impugnaba un acto administrativo expreso del Ministerio de Fomento que denegaba las solicitudes formuladas por una Corporación Local en relación con un tramo de autovía, cuya modificación había sido recurrido por dicha Corporación alegando que revocaba actos presuntos anteriores sin acudir al procedimiento de revisión de oficio previsto en el art. 102 LRJPAC. El Tribunal desestima el recurso, al entender que dichos actos presuntos no se habían producido.

b) Inexistencia de silencio positivo cuando la Administración procede a un "rechazo implícito" de lo solicitado por el particular

Así lo sostiene la **STS de 28 de junio de 2004**, Ar. 4908, en relación con la solicitud presentada ante la Administración, para que no se modificara una carretera nacional privando de acceso directo a la Estación de Servicio que explotaba el particular solicitante. El rechazo implícito entiende el Tribunal que se produce cuando la Administración realiza una comunicación administrativa al interesado en la que se alude a la normativa vigente y a la "construcción" de otra estación de servicio en ese tramo.

E) Derecho de acceso a archivos y registros

a) El derecho de acceso a archivos y registro no ampara las solicitudes genéricas

Esto se afirma en la **STS de 14 de septiembre de 2004**, Ar. 5830, en la que se declara que dicho derecho no ampara las solicitudes genéricas sobre una materia o conjunto de materias porque ello conduciría a un uso abusivo de su ejercicio, sino que se debe formular una petición individualizada de los documentos que se desea consultar.

b) Obligación administrativa de tener a disposición de los ciudadanos copias completas del planeamiento vigente

Conforme a la **STS de 24 de marzo de 2004**, Ar. 5380, este derecho, previsto en el art. 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, modificada

por la Ley 39/1994, no ampara al particular a obtener una de las copias tras el abono del precio público correspondiente, sino que simplemente le faculta a ser informado del contenido del planeamiento.

6. INVALIDEZ

A) La no respuesta expresa y singular a las alegaciones no supone la nulidad de la resolución

La **STS de 5 de julio de 2004**, Ar. 5670, afirma que, en procedimientos, como es el caso, cuya ejecución afecta a grandes extensiones de terreno y que se caracterizan por la presencia de múltiples interesados, en los que deben garantizarse el principio de transparencia en la realización del trámite de información pública, no es exigible que el órgano decisor exprese en su resolución final de modo exhaustivamente pormenorizado la respuesta que estime procedente frente a todas y cada una de las alegaciones que aquéllos puedan haber formulado.

B) Subsistencia de actos firmes en casos de nulidad de normas impugnadas en recursos indirectos

La **STS de 15 de julio de 2004**, Ar. 5947, declara que puesto que los recursos interpuestos contra unos decretos eran recursos indirectos, los únicos actos anulados efectivamente fueron los concretos actos de aplicación de los mismos y no los decretos en cuestión que, simplemente, no se aplicaron. Por tanto, no es correcto pretender trasladar la nulidad de pleno derecho acordada a los actos dictados con anterioridad que ya han resultado firmes.

C) La declaración de caducidad acordada por el Alcalde de una concesión otorgada por el pleno es nula de pleno derecho

La **STS de 24 de junio de 2004**, Ar. 4985, considera nula de pleno derecho una resolución acordada por un alcalde por la que se declaraba caducada una concesión otorgada por el pleno municipal, por tratarse de un acto dictado por órgano manifiestamente incompetente.

D) Nulidad improcedente por subsanación del superior jerárquico

La **STS de 30 de junio de 2004**, Ar. 5089, interpreta el art. 67 de la LRJPAC a la luz de la jurisprudencia dictada al respecto bajo la vigencia de la LPA, concluyendo en admitir la convalidación de los actos anulables por el superior jerárquico del que dictó el acto convalidado cuando el vicio consistiera en incompetencia jerárquica. Se ha venido insistiendo en que era la falta de competencia por razón de la materia o por razón del lugar la que daba lugar a la nulidad absoluta del procedimiento y que la ausencia de competencia jerárquica sólo daba lugar a la anulabilidad del acto.

E) La sanción disciplinaria impuesta por Comisión de Gobierno municipal es nula de pleno derecho por razones de competencia

La **STS de 20 de julio de 2004**, Ar. 5257, considera que el art. 22.2.i) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, reserva al Pleno la competencia para imponer la sanción disciplinaria de máximo alcance y trascendencia que puede imponerse a un funcionario municipal. En consecuencia, la asunción por la Comisión de Gobierno de la corporación municipal de esta competencia sancionadora es un acto manifiestamente incompetente y nulo de pleno derecho.

F) Es nula la sanción impuesta con base en un Concierto suscrito entre los representantes sindicales y corporativos de los laboratorios farmacéuticos y la Seguridad Social para la adquisición y dispensación de productos farmacéuticos

Esto declara la **STSJ de Madrid de 20 de marzo de 2003**, Ar. 584, por considerar que no cabe que dicho Concierto establezca un régimen sancionador. El Tribunal Superior de Justicia sostiene que se vulnera el derecho fundamental a la legalidad en materia administrativa sancionadora, previsto en el art. 25 CE, si por medio de un convenio de colaboración, como califica al citado Concierto, se establece un régimen de infracciones y sanciones. Aunque en la sentencia se reconoce que "el sustrato último negocial del que participan los conciertos permite, en abstracto, que en los mismos puedan fijarse cláusulas penales que inciten o estimulen a un mejor y más eficaz cumplimiento de las obligaciones concertadas en ellos", considera que no es esto lo que ocurre en el presente caso. Por el contrario, el tribunal afirma que, a pesar de la naturaleza convencional del Concierto, hubiera sido necesaria una ley que sirviese de cobertura al establecimiento de un régimen sancionador en el mencionado Concierto.

G) Invalidez por defectos formales

La **STS de 11 de mayo de 2004**, Ar. 5301, siguiendo jurisprudencia constante y en relación con una acto por el que se define un deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre, afirma que "cuando existen suficientes elementos de juicio para resolver el fondo del asunto y ello permite presuponer que la nulidad de actuaciones y la repetición del acto viciado no conduciría a un resultado distinto, esto es, cuando puede presumirse racionalmente que el nuevo acto que se dicte por la Administración, una vez subsanado el defecto formal ha de ser idéntico en su contenido material o de fondo, no tiene sentido apreciar la anulabilidad del acto aquejado del vicio formal".

7. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) La notificación al interesado se equipara a la notificación a su representante

La **STS de 21 de junio de 2004**, Ar. 5595, afirma que, aunque en su escrito la entidad interesada designa un representante, la notificación realizada a la propia interesada da

por cumplida la finalidad propia y específica del acto de comunicación en que consiste la notificación; esto es, se dio a conocer a la entidad destinataria o interesada el contenido de la resolución administrativa en forma adecuada.

B) El segundo intento de notificación con una diferencia de sesenta minutos cumple la exigencia de que se practique "en hora distinta"

A diferencia del tribunal de instancia, la **STS de 28 de octubre de 2004**, Ar. 6594, considera que, para cumplir con la exigencia establecida en el art. 59.2 LRJPAC de que el segundo intento de notificación se practique "en hora distinta" a aquella en que se practicó el primer intento de notificación, es suficiente con que exista una diferencia de sesenta minutos. Para el Tribunal, la ausencia en el domicilio del interesado de persona alguna que se haga cargo de la notificación no puede frustrar la actividad administrativa, habida cuenta, por otra parte, que el principio de buena fe en las relaciones administrativas impone a los administrados un deber de colaboración con la Administración en la recepción de los actos de comunicación que aquélla les dirija y que el intento fallido de notificación ha de ir seguido de la introducción en el correspondiente casillero domiciliario del aviso de llegada, en el que se harán constar las dependencias del servicio postal donde el interesado pueda recoger la notificación.

8. ELIMINACIÓN DEL ACTO

A) Errores materiales o de hecho en mesas electorales

El carácter manifiesto ha sido constantemente exigido por la jurisprudencia para apreciar errores de hecho o de carácter material. En coherencia con ello, la **STS de 26 de julio de 2004**, Ar. 5208, afirma que la existencia de estos errores únicamente puede apreciarse en el acta de la sesión ante la mesa electoral en aquellos casos en los cuales de la propia realidad física o ideológica del acta de la sesión se desprende la existencia de una manifiesta laguna, incoherencia o contradicción. Así sucede cuando el acta presenta signos físicos de haberse producido una alteración de los votos asignados a favor de alguna candidatura o cuando el número total de votantes no coincide con la suma de los votos correspondientes a las distintas candidaturas más los votos en blanco. Considera el Tribunal que particularmente resulta procedente la corrección cuando el error ha sido denunciado mediante una reclamación, protesta o voto particular recogido en el acta de la sesión de la mesa, acompañado, si procede, de la oportuna documentación, pues este tipo de reservas obliga a estudiar la posible existencia del error denunciado.

Julia Ortega Bernardo
Mónica Domínguez Martín

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Contratos administrativos y contratos privados. A) Contratos excluidos de la regulación del TRLCAP. a) Convenio de Colaboración con la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA. Inexistencia de relación contractual sometida a la LCAP. **3. Expediente de contratación.** A) Actuaciones preparatorias. a) Posibilidad de impugnación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas en el momento de la adjudicación del contrato. b) Inexistencia de Proyecto de Técnico o Anteproyecto de Explotación. Nulidad de la posterior licitación. c) Sujetos legitimados para impugnar el expediente de contratación. B) Procedimientos y formas de adjudicación. a) Facultades de la Mesa de Contratación y del órgano de contratación. b) Concurso y discrecionalidad administrativa. Alcance. **4. Ejecución de los contratos.** A) Prerrogativas de la Administración. a) Plazo de ejercicio y consecuencia de la caducidad del expediente. B) Equilibrio económico. a) Riesgo y ventura. b) Restablecimiento del equilibrio ante actuaciones imputables a la Administración. c) Enriquecimiento injusto. C) Pago. a) Extinción de la obligación de pago por compensación. D) Incautación de las garantías. a) Por incumplimiento sin resolución del contrato. **5. Extinción de los contratos.** A) Por cumplimiento. a) Cumplimiento del plazo. B) Por incumplimiento. a) Resolución por causas imputables al contratista. b) Por causas imputables a la Administración. C) Responsabilidad contractual. a) Diligencia exigible. **6. Contratos administrativos típicos.** A) Contrato de obras. a) Suspensión definitiva de las obras e indemnización. b) Recepción de las obras de forma tácita ante la existencia de vicios denunciados. c) Intereses de demora por retraso en el pago de certificados de obras. No inclusión del IVA. Momento de inicio del período de carencia.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de julio de 2004 a noviembre de 2004, por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y los meses de marzo a octubre de 2004 en relación con las sentencias de los Tribunales

Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Debe resaltarse la precisión que se realiza sobre los sujetos legitimados para la impugnación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas, aplicándose por el Tribunal la doctrina constitucional de la legitimación y extendiendo la misma a sujetos que no han podido participar en el procedimiento de selección por los propios requisitos impuestos por el Pliego.

2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

A) Contratos excluidos de la regulación del TRLCAP

a) Convenio de Colaboración con la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA. Inexistencia de relación contractual sometida a la LCAP

La **SAN de 27 de septiembre de 2004**, Ar. 982, afirma la exclusión del régimen de la LCAP del convenio de colaboración suscrito entre la Administración Pública y la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA, en la medida en que "(...) el artículo 58 de la Ley 14/2000, que es una Ley especial y posterior a la de Contratos de las Administraciones Públicas y que regula los aspectos esenciales del régimen jurídico de esa Sociedad Estatal que la misma crea, se dirige expresamente, en ese último párrafo descrito de su apartado segundo, a la exclusión recogida en el artículo 3.1.d) del TRLCAP, habilitando, cuando dice textualmente 'para la prestación de actividades propias de su objeto social', para que queden dentro de esos convenios de colaboración con las Administraciones Públicas ya no sólo los servicios postales reservados a esa sociedad Estatal sino también otros postales que están dentro de su objeto social, aunque éste sea el de los contratos administrativos recogidos en ese texto Refundido. Es decir, el legislador, sino carecería de sentido esa remisión, lo que está haciendo no es limitar el objeto de esos convenios a los servicios postales reservados a dicha Sociedad Estatal sino ir más allá e incluir en el mismo todos los servicios relacionados con su objeto social, entre los que están también los que puedan prestar operadores en virtud de los contratos suscritos al respecto. Ello tiene su lógica explicación en querer unificar la prestación de los servicios postales a las Administraciones Públicas bajo idéntico régimen jurídico y por el mismo operador, que tiene legalmente encomendada la prestación del servicio postal universal (...)".

3. EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

A) Actuaciones preparatorias

a) Posibilidad de impugnación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas en el momento de la adjudicación del contrato

Tras reiterar la consolidada doctrina según la cuál no podrán impugnarse los criterios o las bases fijadas en el Pliego de Condiciones con ocasión de la adjudicación del contrato, ya que ello sólo puede hacerse en el momento de hacerse pública la convocatoria del concurso, dado que la presentación de proposiciones implica o presume la aceptación in-

condicionada por el empresario de la totalidad de dichas cláusulas, encontrando su razón de ser en la doctrina de los actos propios y la buena fe contractual, así como en razones de seguridad jurídica, la **STS de 28 de septiembre de 2004**, Ar. 5977, puntualiza que lo que sí cabe impugnar con motivo de la adjudicación del contrato son los criterios de adjudicación, y ello porque "(...) no cabe equiparar criterios de adjudicación (criterios en lo que habrá de basarse la decisión y bajo los que habrán de analizarse las distintas proposiciones) con los pliegos de referencia (...)". Pero además, establece como excepción a la doctrina anteriormente reseñada los supuestos en que la impugnación de los pliegos o bases es posible en el momento de la adjudicación, circunscribiéndolos a los supuestos en que se justifique la vulneración de derechos fundamentales.

b) Inexistencia de Proyecto de Técnico o Anteproyecto de Explotación. Nulidad de la posterior licitación

El proyecto técnico se convierte en un elemento clave en el sistema del concurso porque ofrece a los interesados en participar en él la información imprescindible para elaborar las ofertas. Por ello, la previa elaboración de ese documento es un requisito necesario que ha de ser cumplido por el órgano de contratación, determinando su incumplimiento la nulidad del expediente de contratación. En consecuencia, cuando se trata de un contrato de gestión de servicios públicos o un contrato de concesión de obra pública, el Proyecto Técnico o Anteproyecto de Explotación es un requisito previo para la licitación, como precisa la **STS de 12 de julio de 2004**, Ar. 7937.

c) Sujetos legitimados para impugnar el expediente de contratación

Como afirma la **STS de 20 de septiembre de 2004,** Ar. 6282, lo que otorga legitimación activa es la titularidad de cualquier interés legítimo en la anulación del acto administrativo impugnado, sin que pueda erigirse en exigencia formal ineludible para la impugnación de cualquier acto relacionado con un concurso para la adjudicación de un contrato el haber participado o concurrido. Esto es, "(...) aunque dicha participación evidencie un interés en el resultado del concurso, no puede excluirse un interés legítimo en la impugnación de la convocatoria misma del concurso en el que no se participa por las propias condiciones en que es convocado (...)". Por ello, si el expediente de contratación configura al contrato como de "asistencia técnica", que requiere una determinada calificación empresarial, una empresa que no posee dicha calificación y, por tanto, no puede presentarse al concurso, considera que el objeto del contrato es realmente un contrato de suministro para el que si reúne la calificación requerida, estará legitimada para impugnar el expediente de contratación.

B) Procedimientos y formas de adjudicación

a) Facultades de la Mesa de Contratación y del órgano de contratación

La **STS de 30 de septiembre de 2004,** Ar. 7679, reitera que el órgano que debe resolver sobre la contratación es quien debe considerar todas las ofertas y variantes que ofrezcan

los licitadores, quedando circunscrita la Mesa de Contratación a calificar simplemente los documentos presentados, formulando una propuesta pero no adoptando resolución en cuanto al fondo. Por ello, la Mesa de Contratación no puede excluir las variantes introducidas por los licitadores, siendo ello competencia del órgano de contratación. Pero a continuación, el TS puntualiza que aun en el supuesto de que la Mesa acuerde la exclusión de tales variantes, la adjudicación no será nula siempre y cuando el órgano de contratación haya tenido en consideración la variante de la oferta presentada, alcanzando la anulabilidad únicamente al acto de trámite de la Mesa, pero no al acto definitivo de adjudicación a tenor del artículo 64.1 LRJPAC.

b) Concurso y discrecionalidad administrativa. Alcance

La **STS de 14 de julio de 2004,** Ar. 5360, 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 este tipo de convenios. 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, y también la exigencia de utilización de criterios adecuados en la valoración o puntuación a otorgar a los distintos participantes, con la consiguiente sanción anulatoria derivada de lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley de Contratos en el caso de que se patentizase la inadecuación de los utilizados; con mayor razón todavía cuando se omite la exposición de una motivación convincente en defensa de los mismos, si es que han sido razonadamente impugnados. En consecuencia, el Tribunal confirma la anulación de la adjudicación del concurso realizada, al no responder la calificación atribuida a la propuesta vencedora a la realidad de los criterios objetivos a ponderar.

4. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Prerrogativas de la Administración

a) Plazo de ejercicio y consecuencia de la caducidad del expediente

La **STS de 19 de julio de 2004,** Ar. 7113, precisa que el plazo de resolución de los procedimientos administrativos a través de los que se articulen las facultades legales y contractuales atribuidas a la Administración contratante debe acomodarse a las prescripciones de la Ley 30/1992, sin que sea admisible la pretensión de la Administración contratante de que dicho plazo es el de vigencia del contrato. La caducidad de dicho procedimiento, en la medida en que puede generar daños al contratista, determina el surgimiento de un supuesto de responsabiliad contractual. Y ello porque "(…) una de las partes ha impuesto a la otra el cumplimiento de unas exigencias que la posterior caducidad del expediente ha convertido en ilegales y eso determina que en virtud del artículo 1101 del Código

Civil, aplicable a la contratación administrativa, deba indemnizar los daños y perjuicios originados de este modo (…)", FD 7º.

B) Equilibrio económico

a) Riesgo y ventura

La **STS de 10 de noviembre de 2004,** Ar. 7354, niega que exista un enriquecimiento injusto ante la mayor onerosidad de las obras de excavación realizadas por el contratista, en la medida en que en el Proyecto de obras y el Pliego de Condiciones, no impugnados por el contratista, se establecía un precio determinado por los m^2 de excavación realizada, sin especificar el tipo de terreno. Ante la aparición de rocas, y no siendo obligatorio en dicho momento la elaboración de un proyecto geotécnico, el aumento de la inversión debe ser soportado por el contratista en virtud del principio de riesgo y ventura.

b) Restablecimiento del equilibrio ante actuaciones imputables a la Administración

Fijado en un contrato de gestión de servicios públicos que el concesionario se adjudicará como retribución el importe íntegro de la recaudación del servicio por los conceptos de tasa por la prestación del servicio de alcantarillado y vertido, precio público por suministro de agua y precio público por limpieza de nieve, el impago masivo de los recibos ante la reclamación jurisdiccional de los mismos y su posterior anulación, determina la obligación de la Administración de restablecer el equilibrio financiero del contrato. En consecuencia debe serle abonado por el Ayuntamiento el importe que hubiese recaudado por la gestión de los servicios que le fue atribuida. Y ello porque, como señala la **STS de 5 de octubre de 2004,** Ar. 7683, "(…) el concepto jurídico indeterminado en que la expresión equilibrio económico financiero de la concesión consiste en alcanzar (…) en la medida de lo posible de una igualdad entre ventajas que se concedan al concesionario y las obligaciones que le son impuestas, ventajas y obligaciones que deben compensarse para formar parte de la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas posibles, pues en todo contrato de concesión está implicada como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige, que es lo que se llama equivalencia comercial, la actuación financiera del contrato de concesión (…)". Con ello no se desconoce el principio de riesgo y ventura, porque ésa era precisamente la retribución pactada en el contrato. En una línea similar se pronuncia la **STS de 16 de septiembre de 2004**, Ar. 6281, donde se afirma que el mantenimiento del equilibrio financiero es una técnica que hace referencia al beneficio del empresario, que debe mantenerse a pesar de las alteraciones acordadas por la Administración, pero no a pesar de la situación derivada de los riesgos empresariales.

c) Enriquecimiento injusto

La **STS de 10 de noviembre de 2004,** Ar. 7354, siguiendo una jurisprudencia reiterada, sintetiza la doctrina sobre el enriquecimiento injusto, afirmando que el mismo únicamente tiene lugar cuando se producen excesos sobre el proyecto a consecuencia de órdenes de la Administración debidamente informadas o consentidas por el Arquitecto

Director de las obras o por persona que tuviera apariencia de efectiva potestad, o cuando se trata de obras necesarias recibidas por la Administración sin oponer reparos, en la medida en que la Administración no puede oponer sus propias infracciones para incumplir los compromisos contraídos. En definitiva, el enriquecimiento injusto se produce cuando existe un desequilibrio económico "(…) constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración (…)", FD. 3º. En consecuencia, rechaza la alegación del contratista al no haber probado la realidad de dicho exceso.

En línea similar se pronuncia la **STS de 27 de octubre de 2004,** Ar. 7349, donde niega la existencia de un enriquecimiento injusto ante la decisión de no prorrogar un contrato, ya que las inversiones realizadas por la empresa contratista en una estrategia empresarial prudente debían acomodarse al plazo de vigencia, además que las mismas pueden seguir siendo explotadas por el contratista. Igualmente la **STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de octubre de 2004,** Ar. 929, rechaza la solicitud de indemnización derivada de la anulación de la prórroga de un contrato de gestión del servicio público de abastecimiento de agua con base en la existencia de un enriquecimiento injusto. La justificación para el Tribunal se encuentra en que el plazo de amortización previsto por el Estudio económico presentado por el contratista fija un período de 15 años, mientras que el contrato se firma por un período de 2 años. En consecuencia, lo que se ha producido es "un desastroso cálculo de rentabilidad de lo que firmaba".

C) Pago

a) Extinción de la obligación de pago por compensación

La **STSJ de Navarra de 24 de septiembre de 2004,** Ar. 1030, afirma, con carácter general, que la compensación de créditos como forma de extinción de las obligaciones es una institución jurídica básica y genérica regulada como una forma de extinción de las obligaciones en los artículos 1195 y siguientes del Código Civil y, de una forma general, en cuanto concurran los requisitos previstos para su operatividad en dichos preceptos es aplicable a los créditos recíprocos que puedan existir entre la Administración y el contratista.

D) Incautación de las garantías

a) Por incumplimiento sin resolución del contrato

La **STSJ de Cataluña de 21 de julio de 2004,** Ar. 548, precisa la posibilidad legal de proceder a la incautación de las garantías prestadas ante el incumplimiento contractual de la orden de reparación de las deficiencias observadas en la recepción provisional de las obras construidas sin necesidad de acordar la resolución del contrato.

5. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Por cumplimiento

a) Cumplimiento del plazo

La **STS de 4 de noviembre de 2004,** Ar. 8054, confirma la legalidad de la denominada "renuncia a la renovación de la concesión de uso y disfrute de las aguas", en la medida en que supone, de hecho, la resolución del contrato por el que un Ayuntamiento cedía a otro diversas concesiones de agua existentes en su término municipal, dado que el contrato se ha extinguido por el transcurso del plazo previsto en el clausulado.

En dicho supuesto de extinción por vencimiento del plazo, como precisa la **STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de octubre de 2004,** Ar. 929, si todavía existen obras o actividades realizadas por el contratista que no han sido satisfechas, éste tendrá derecho a su cobro si se demuestra la realización de los trabajos, si de acuerdo con la normativa que regía el contrato resulte que su abono correspondía a la Administración contratante y no a la adjudicataria; y que no se hayan abonado aún. Y ello porque, "(…) aunque haya expirado el contrato por finalización del plazo, habrá que liquidar las deudas pendientes, y si el Ayuntamiento debe cantidades al concesionario, habrá de abonarlas, no ya por mor de la resolución, sino porque son deudas que en cualquier caso debía abonar por aplicación de lo previsto en el contrato (…)", FD 6º.

B) Por incumplimiento

a) Resolución por causas imputables al contratista

Tras la recepción provisional de unas obras, el arquitecto que ha sido contratado como técnico director de las mismas cambia de domicilio, desentendiéndose completamente de las obras, por lo que se produce, como señala la **STS de 27 de octubre de 2004,** Ar. 7040, un incumplimiento voluntario de la obligación contractual de entregar las obras terminadas a la Administración contratante. Y ello porque las funciones del Director Técnico no finalizan con la recepción provisional, sino con la recepción definitiva si la obra se encuentra en buen estado, momento en que se extingue la responsabilidad contractual del contratista.

Igualmente la **STS de 7 de octubre de 2004,** Ar. 7403, declara la procedencia de la resolución del contrato de adjudicación de determinadas parcelas por incumplimiento de la obligación de pago de la cooperativa de viviendas adjudicataria, y ello a pesar de la alegación de ésta de la imposibilidad de proceder al pago dado que se encontraba en situación de suspensión de pagos. Para el Tribunal "(…) la Administración no era la obligada a dirigirse a los órganos encargados de fiscalizar e intervenir las cuentas de la empresa. Por el contrario debe partirse de que el suspenso en pagos puede realizar el pago correspondiente con conocimiento de los Interventores, pues la suspensión no implica la falta de capacidad jurídica del suspenso (…)" FD 3º, lo que determina que sea la cooperativa quien incumplió sus obligaciones.

b) Por causas imputables a la Administración

El incumplimiento de la Administración de aprobar los proyectos de repoblación y los planes de aprovechamiento derivados del contrato administrativo especial de aprovechamiento forestal (consorcio) no permite solicitar la resolución del contrato, en la medida en que dicha obligación no tiene carácter principal, salvo que determine una mala gestión del monte, como precisa la **STS de 21 de septiembre de 2004,** Ar. 6520.

C) Responsabilidad contractual

a) Diligencia exigible

La **STS de 21 de septiembre de 2004,** Ar. 6520, haciendo suyos los planteamientos de la sentencia de instancia, afirma taxativamente que, si la responsabilidad contractual ha de deducirse de un comportamiento negligente en el cumplimiento de la obligación asumida, el nivel de diligencia media a que se refiere el artículo 1104.2 del Código Civil se agota con la aplicación de las técnicas y conocimientos existentes en la época.

6. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de obras

a) Suspensión definitiva de las obras e indemnización

La **STS de 6 de octubre de 2004,** Ar. 7313, recuerda que, ante la suspensión definitiva de las obras, el límite de la indemnización a percibir por el contratista no queda circunscrito al beneficio industrial calculado en el 6 por 100 del presupuesto de ejecución. Por el contrario, también tiene derecho a percibir el valor de las obras efectivamente realizadas, considerándose como tales los costes indirectos calificables como "obras accesorias", entre los que figuran los de comunicaciones, personal técnico o elaboración de proyectos. Por el contrario, si se trata de un contrato administrativo especial, dicho límite del 6 por 100 no tiene virtualidad, tendiendo el contratista derecho al mantenimiento de su indemnidad patrimonial, incluyendo tanto el daño emergente como el lucro cesante.

b) Recepción de las obras de forma tácita ante la existencia de vicios denunciados

La **STS de 29 de septiembre de 2004,** Ar. 6529, reitera la doctrina sobre la recepción provisional y definitiva de la obra pública contratada de forma tácita con el fin de evitar deferir el momento de efectuarlas al capricho o demoras injustificadas de la Administración dado que la legislación fija unos determinados para acordarlas. Y ello incluso tanto ante la inexistencia de defectos o vicios en la ejecución de las obras como ante su existencia, los mismos se hubiesen subsanado debidamente dentro del plazo estipulado. Pero lo que no cabe "(…) es sostener que el simple transcurso de los plazos fijados sin que el

pronunciamiento expreso de recepción definitiva se produzca, pueda implicar el tácito cumplimiento del trámite de recepción definitiva con carácter liberatorio en todos aquellos casos en los que, pese a haberse recibido provisionalmente la obra, se hubiesen constatado defectos cuya subsanación haya venido exigiéndose de modo continuado por la Administración (…)" y no se haya producido. En dicho supuesto, la exigencia de la subsanación subsiste incluso una vez superado el plazo de garantía de un año.

c) Intereses de demora por retraso en el pago de certificados de obras. No inclusión del IVA. Momento de inicio del período de carencia

La **STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2004,** Ar. 906, precisa que el cálculo de los intereses de demora por retraso se integra exclusivamente por la obra ejecutada que acredita cada certificación, sin incluir por tanto el IVA, en la medida en que sólo puede girarse por el principal de la deuda constituido por el precio cierto del contrato. Y ello porque "(…) Se piden intereses por demora de carácter obviamente resarcitorio sobre una cantidad tributaria respecto de la cual la empresa constructora no sufre perjuicio alguno por el retraso en el pago. Quien podría exigir el pago de los intereses moratorios es la Administración tributaria que sufre los efectos perjudiciales del retraso en el cobro del IVA, pero no la empresa demandante que en realidad, dado el carácter neutral del impuesto, no los soporta mientras no recibe el pago de la cuota tributaria. Dicha empresa no tiene que 'adelantar' a la Hacienda Pública, antes de su devengo, el pago del tributo sino que se limitará a repercutirlo sobre la Entidad contratante, quien por su parte queda obligada a soportarlo, pero no con anterioridad 'al momento del devengo de dicho Impuesto' (...) c) Si el Impuesto sobre el Valor Añadido se devenga, pues, precisamente en el momento del cobro parcial del precio por los importes efectivamente percibidos cuando se trata de operaciones sujetas que originen pagos anticipados (como ocurre con las certificaciones de obras previas a la liquidación definitiva que se produce tras la entrega y recepción de la obra), y de modo similar con la liquidación provisional, hasta tanto dicho pago no se haya producido de hecho ni se ha producido tampoco el devengo del tributo, ni el sujeto sobre el que ha de repercutirse el importe del mismo tiene obligación de soportar dicha repercusión (…)", FD 3º. Y ello porque en tales certificaciones el devengo del IVA se produce con ocasión de la entrega de la obra, en el momento de su recepción provisional. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2004,** Ar. 1064.

La misma **STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2004,** Ar. 906, puntualiza asimismo que el inicio del período de carencia de dos meses para el pago de las certificaciones de obra se computa a partir de la fecha de expedición de las certificaciones de obra, y no a partir de cualquier otra fecha, como pueda ser, si las certificaciones comprenden las obras correspondientes a determinados meses, el término de cada período mensual y dentro de los diez días siguientes a aquél. A su vez, el día del pago del principal se determina por la fecha de cobro efectivo por el contratista, con independencia de la fecha en que la Administración haya ingresado el importe en la entidad bancaria.

Blanca Rodríguez-Chaves Mimbrero
Juan Antonio Chinchilla Peinado

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Sumario:

1. Administración del Estado. A) Composición del Consejo Asesor Agrario del Ministerio de Medio Ambiente: Representatividad de las organizaciones empresariales agrarias. **2. Administración local.** A) Autonomía Local. a) Denegación de personación a la Entidad Metropolitana del Transporte de Barcelona como parte actora o como "comisionado nombrado al efecto", en el conflicto de defensa de la autonomía local. b) Sustitución por la Comunidad Autónoma de la inactividad municipal para la protección de la legalidad urbanística. B) Organización municipal. Derecho de acceso a la información de los concejales de la corporación. C) Competencias y servicios locales. Ordenanza para la instalación de antenas de telefonía móvil. D) Impugnación de actos y acuerdos de las corporaciones locales. a) Acto de aprobación presupuestaria impugnado por funcionarios municipales. b) Impugnación de acuerdos municipales por concejales de la corporación. E) Mancomunidades de municipios. a) Separación de un Ayuntamiento de una mancomunidad de municipios en virtud de lo previsto por sus estatutos. b) Reducción del servicio mancomunado de recogida de basuras. **3. Federaciones deportivas.** A) Funciones públicas y potestad disciplinaria. **4. Colegios profesionales y profesiones tituladas.** A) Necesidad de incorporarse al Colegio de Abogados correspondiente en calidad de ejerciente para ejercer como Abogado. Incompatibilidad del desempeño de las profesiones de Abogado y Procurador. B) Para la inscripción en el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial se requiere la superación de examen de aptitud, si no se acreditan cinco años de ejercicio en dicha profesión. C) Imposibilidad de convalidación del título de doctor en Odontología obtenido en la República Dominicana con el español de Licenciado en Odontología.

1. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

A) Composición del Consejo Asesor Agrario del Ministerio de Medio Ambiente: Representatividad de las organizaciones empresariales agrarias

La **STS de 7 de julio de 2004,** Sala Tercera, Ar. 5599, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Coordinadora de Agricultores y Ganaderos-Iniciativa Rural del Estado Español contra el artículo 3.2.d), número 1, del Real Decreto 686/2002, de 12 de julio, por el que se regula la estructura y funciones del Consejo Asesor Agrario de Medio Ambiente. La demanda solicitaba una nueva composición del mencionado órgano que garantizase la presencia en él de todas las Organizaciones Profesionales Agrarias más representativas en función de los votos obtenidos en las elecciones a Cámaras Agrarias. De acuerdo con la Ley de Régimen Jurídico de Cámaras Agrarias, deberían considerarse más representativas aquellas organizaciones que obtuviesen más de un diez por ciento de votos en dichas elecciones, por lo que el precepto impugnado no respetaría el principio de participación en las instituciones estatales de estas organizaciones. El Tribunal Supremo entiende, sin embargo, que el precepto impugnado es ajustado a derecho y busca agilizar el funcionamiento del Consejo que, desde su creación, se demostró escasamente eficaz para lograr sus fines. En el momento en que las organizaciones empresariales agrarias eligen por mayoría al representante en el Consejo, el criterio de la participación y de la mayor representatividad queda a salvo y no se niega el principio de participación en las instituciones públicas.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Autonomía Local

a) Denegación de personación a la Entidad Metropolitana del Transporte de Barcelona como parte actora o como "comisionado nombrado al efecto", en el conflicto de defensa de la autonomía local

El **Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 359/2004, de 21 de septiembre,** deniega la personación de la Entidad Metropolitana del Transporte de Barcelona como parte actora o como "comisionado nombrado al efecto", en el conflicto de defensa de la autonomía local núm. 3540-2003. Según el Tribunal, el artículo 75 ter.1 LOTC no atribuye la legitimación para plantear el conflicto de defensa de la autonomía local a los entes locales en general, con independencia de su tipología, sino exclusivamente a dos categorías de entes, los municipios y las provincias, vinculando el número mínimo de sujetos legitimados al ámbito territorial de aplicación de la Ley que haya de impugnarse. El tenor literal de este precepto no permite extender a otros entes locales la legitimación otorgada a los municipios y a las provincias, y así queda confirmado por el preámbulo de la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, de modificación de la del Tribunal Constitucional. Por otra parte, el Alto Tribunal

considera que la remisión efectuada por el artículo 80 LOTC a la LOPJ determina la aplicación del artículo 551.3 LOPJ, que prevé que la representación y defensa de los entes locales corresponde a los Letrados de servicios jurídicos, salvo que designen Abogado colegiado que les represente y defienda. La aplicación de este criterio hace inviable la aplicación analógica de la figura del "comisionado nombrado al efecto", lo que conlleva a que la Entidad Metropolitana del Transporte no pueda comparecer como tal en el proceso.

b) Sustitución por la Comunidad Autónoma de la inactividad municipal para la protección de la legalidad urbanística

La **STS de 29 de octubre de 2004,** Sala Tercera, Ar. 6408, desestima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Canarias de 10 de abril de 2000, al entender que la actuación autonómica encaminada a proteger la legalidad urbanística no vulnera la autonomía local cuando existe inactividad municipal. El control de legalidad se ejerce sin contradecir acuerdo alguno del Ayuntamiento y una vez constatado el transcurso del plazo legal que demuestra su inactividad.

B) Organización municipal. Derecho de acceso a la información de los concejales de la corporación

La **STS de 22 de noviembre de 2004,** Sala Tercera, desestima un recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Marbella contra la STSJ de Andalucía de 20 de noviembre de 2000. La Sentencia recurrida estimó el recurso contencioso-administrativo que, por el procedimiento previsto para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, interpuso una Concejal contra el decreto del Alcalde accidental que le negó la copia que había solicitado del informe provisional remitido para alegaciones del Ayuntamiento por el Tribunal de Cuentas. Según ambos Tribunales, "nos encontramos ante uno de los supuestos legalmente autorizados de acceso libre de los Concejales a la información, por tratarse de una documentación correspondiente a un asunto que ha de ser tratado por el Pleno, del que forma parte la demandante [artículo 15.b) del ROF], documentación que es precisa para el desarrollo de las funciones de Concejal. La negativa de la Alcaldía a facilitar la información en la forma solicitada vulnera, por tanto, el derecho fundamental que le garantiza el artículo 23 de la Constitución".

C) Competencias y servicios locales. Ordenanza para la instalación de antenas de telefonía móvil

La **STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de junio de 2004,** Ar. 1057, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una entidad mercantil, contra una Ordenanza municipal reguladora de instalación, modificación y funcionamiento de los elementos y equipos de telecomunicaciones que utilizan el espacio radioeléctrico en su término municipal. La parte actora solicitaba la nulidad de la citada ordenanza al entender que era contraria a la Constitución, a la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones y a diversos reglamentos de rango superior.

Antes de examinar la Sentencia, hemos de señalar diferentes sentencias del mismo Tribunal Superior de Justicia, entre otras las de 30 de marzo de 2004 (R. 869/02), 27 de abril de 2004 (R. 1169/02), 28 de abril de 2004 (R. 513/03) y 14 de junio de 2004

(R. 928/03), que han partido, para resolver las impugnaciones de otras ordenanzas municipales sobre la misma o semejante materia a la que es objeto del presente recurso, de dos premisas fundamentales: una, la determinación de la competencia municipal en el complejo de la telefonía móvil, en que existe claramente una concurrencia de competencias con la Administración estatal; y otro, que la licencia de actividad como tal es competencia estatal y no municipal.

De acuerdo a lo anterior razona la Sentencia que los Ayuntamientos pueden establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones en su término municipal, utilizando el vuelo o el subsuelo de su calles. Este principio es plenamente aplicable a las instalaciones por parte de los operadores que puedan afectar en cualquier modo a los intereses que la corporación local está obligada a salvaguardar en el orden urbanístico, incluyendo la estética y seguridad de las edificaciones y sus repercusiones medioambientales derivadas de los riesgos de deterioro del medio ambiente urbano que las mismas puedan originar. Las expresadas instalaciones por parte de las empresas de servicios aconsejan una regulación municipal para evitar la saturación, el desorden y el menoscabo del patrimonio histórico y del medio ambiente urbano que puede producirse, por lo que no es posible negar a los Ayuntamientos competencia para establecer la regulación pertinente.

De lo expuesto resultan las siguientes conclusiones:

1ª. La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales.

2ª. El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el mismo ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

D) Impugnación de actos y acuerdos de las corporaciones locales

a) Acto de aprobación presupuestaria impugnado por funcionarios municipales

La **STSJ de Asturias de 21 de diciembre de 2004,** Ar. 32119, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los recurrentes, funcionarios municipales, contra Decreto de la Alcaldía de Avilés por el que fue aprobado el presupuesto de dicho Ayuntamiento para el año 2000 y la relación de puestos de trabajo de dicho municipio. Lo que solicitan los recurrentes es que se dicte sentencia por la que se declare no ser con-

forme a Derecho el Decreto impugnado, anulando parcialmente el mismo en cuanto acto aprobatorio de la RPT del Ayuntamiento.

El problema que subyace en el fondo del recurso se centra en realidad, en determinar la posible nulidad del Acuerdo aprobatorio por incompetencia del órgano que lo dicta, que será el Pleno si ha habido reclamaciones contra el presupuesto, pero si no han existido éstas, el presupuesto se considera definitivamente aprobado sin retorno al Pleno. Además, las reclamaciones deben fundarse en alguna de las causas previstas en el artículo 151.2 LHL que son tasadas.

Pues bien, la RPT se aprobó conjuntamente con el presupuesto y las reclamaciones presentadas contra la misma fueron inadmitidas por el Pleno, por no encontrarse entre los motivos posibles de impugnación de los presupuestos. Sin embargo, lo esencial en el particular que nos ocupa, es el contenido múltiple del Acuerdo de aprobación del presupuesto, que no solamente se refería a los ingresos y gastos, sino también a actos complementarios, como la RPT, que tienen un régimen jurídico diferenciado (presupuestario y estatutario), y que no permiten su tratamiento y solución unitaria como hace la resolución recurrida. Por ello, la inadmisión decretada de las reclamaciones presentadas contra la RPT no es conforme a Derecho.

b) Impugnación de acuerdos municipales por concejales de la corporación

La **STC 173/2004, de 18 de octubre,** Ar. 173, resuelve el recurso de amparo 2909/2002, interpuesto por un Concejal frente a la inadmisión en apelación de un recurso contencioso-administrativo. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria basaba la inadmisibilidad del recurso en la falta de legitimación activa del recurrente ya que éste no formó parte del órgano colegiado municipal que dictó el acuerdo y, por tanto, no pudo intervenir en la adopción de la resolución impugnada. En cambio, el Tribunal Constitucional entiende que la legitimación derivada del artículo 63.1.b) LBRL, contiene un *prius* de legitimación que se extiende a los Concejales de un Ayuntamiento para impugnar las actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico en que hubiera podido incurrir la corporación. En este caso, la legitimación deriva directamente de la condición de Concejal y no queda restringida exclusivamente a los Concejales que hubieran votado en contra del acuerdo adoptado por un órgano colegiado. Por tanto, según el Tribunal Constitucional, la legitimación a que hace referencia el artículo 63.1.b) LBRL "se extiende a cualquier Concejal en su condición de miembro –no de órgano– de la entidad local para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de la corporación, salvo que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación".

E) Mancomunidades de municipios

a) Separación de un Ayuntamiento de una mancomunidad de municipios en virtud de lo previsto por sus estatutos

La **STSJ de Navarra de 28 de septiembre de 2004,** Ar. 1031, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un Ayuntamiento contra un Acuerdo del Consejo Di-

rectivo de una Mancomunidad de Aguas del Moncayo por el que se aprueba la elaboración definitiva del proyecto de modificación de estatutos de la Mancomunidad, y que excluye de la misma al citado Ayuntamiento.

Señala en su Sentencia el Tribunal que la Mancomunidad demandada es beneficiaria de una concesión de caudal procedente del río Queiles, por tanto, la modificación del ámbito territorial de la Mancomunidad por exclusión del Ayuntamiento recurrente no afecta a la concesión, pues la titular de la misma es la Mancomunidad y no las entidades que la integran. Así, la adhesión o separación de un Ayuntamiento es cuestión que atañe a las relaciones entre éste y la Mancomunidad, y no a la relación entre la Administración que otorga la concesión y la concesionaria.

De acuerdo a lo anterior, el artículo 52 de la Ley Foral 6/1990 de Navarra dispone, primero, que con sujeción a las previsiones estaturarias podrá separarse de la Mancomunidad cualquiera de las entidades locales que la integren, y segundo, si los estatutos no contuviesen pretensiones relativas a la adhesión a nuevos miembros a la misma o a la separación de los que la integrasen, tales actuaciones requerirán el cumplimiento de las reglas establecidas para la modificación de Estatutos, por lo que el acuerdo de separación del Ayuntamiento recurrente fue a juicio del Tribunal conforme a Derecho, pues se adoptó de acuerdo a las previsiones estatutarias de la Mancomunidad.

b) Reducción del servicio mancomunado de recogida de basuras. Nulidad del Procedimiento Administrativo

El Ayuntamiento de Salas de los Infantes recurre la resolución desestimatoria por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto por dicha Corporación contra la resolución del Presidente de la Mancomunidad de Municipios "Alfoz de Lara", que acuerda reducir el número de días de recogida de residuos en el citado municipio. La **STSJ de Castilla y León 489/2004, de 26 de noviembre,** Ar. 311401, anula dicha medida al dictarse la resolución prescindiendo total y absolutamente de todo procedimiento administrativo. Sin embargo, la Sala considera que no procede una indemnización por daños y perjuicios consistente en una devolución proporcional de las aportaciones realizadas, ya que, aunque con menor frecuencia, la recogida de basuras se siguió prestando correctamente y las aportaciones a realizar por cada Ayuntamiento dependen del criterio general de la población y la efectiva utilización de los servicios.

3. FEDERACIONES DEPORTIVAS

A) Funciones Públicas y potestad disciplinaria

La **STSJ de Cantabria de 1 de julio de 2004,** Ar. 192005, al desestimar un recurso de apelación, recuerda que las Federaciones Deportivas son asociaciones de carácter privado que ejercen por delegación, como función pública de carácter administrativo y bajo la

coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes, la potestad disciplinaria deportiva, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración Pública. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo estima, además, que las sanciones impuestas por entidades privadas no incluidas dentro de las Federaciones no son susceptibles de recurso ante el Comité Cántabro de Disciplina Deportiva, por no venirle esta función atribuida por Ley y por no estar en el ámbito de la potestad disciplinaria deportiva, siendo revisables únicamente ante la jurisdicción civil o laboral.

4. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

A) Necesidad de incorporarse al Colegio de Abogados correspondiente en calidad de ejerciente para ejercer como Abogado. Incompatibilidad del desempeño de las profesiones de Abogado y Procurador

La **STS de 3 de junio de 2004,** Sala Tercera, Ar. 3720, viene a desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el RD 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. El recurrente trata de combatir con su recurso el requisito necesario para el ejercicio de las profesiones colegiadas, a saber, hallarse incorporado al Colegio correspondiente. El TS reafirma la colegiación obligatoria para poder ejercer como abogado en España, además, también excluye de la denominación a quienes no ejerzan las actividades definidas profesionalmente, rasgo este que implica el habitual desempeño de la prestación de servicios en beneficio de terceros.

Por otro lado, la recurrente postula la nulidad de la incompatibilidad del desempeño de las profesiones de abogado y procurador en base al solo hecho de que normas procesales concretas excluyan a los abogados que dirijan un procedimiento de la necesidad de comparecer por medio de procurador. Sin entrar en el debate sobre si las excepciones a la comparecencia mediante procurador atribuyen o no la función –y, por ello, la condición– de "procuradores" a los abogados que actúen conforme a las situaciones procesales definidas en aquéllas, lo cierto es que la existencia de casos, legalmente definidos, en los que, por excepción, concurran en una misma persona (el abogado), los oficios propios de letrado y procurador, no constituyen sino, precisamente, derogaciones singulares, con base legal (y racional) de la norma prohibitiva, debiendo interpretarse y aplicarse conforme a las mismas. Por lo cual el TS declara, una vez más, la obligatoriedad de la colegiación para poder ejercer como abogado y la incompatibilidad manifiesta del ejercicio de la profesión de abogado y procurador.

B) Para la inscripción en el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial se requiere la superación de examen de aptitud, si no se acreditan cinco años de ejercicio en dicha profesión

La **STS de 5 de mayo de 2004,** Sala Tercera, Ar. 3469, desestima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Madrid, que confirmaba la denegación de la inscripción en el Registro Especial de Agentes de la Propiedad Industrial solicitada por la recurrente, que no contaba con cinco años de ejercicio de pasante-apoderado a la entrada en vigor de la Ley de Patentes 11/1986, de 20 de marzo. Dicha Ley exigía que en el momento de entrada en vigor de la Ley, los pasantes-apoderados debían haber consolidado cinco años de ejercicio en dicha condición para obtener la inscripción en el Registro especial de Agentes de la

Propiedad Industrial, en igualdad de derechos con aquellos que estén en posesión de alguno de los títulos oficiales a que se refería la misma. En consecuencia, la recurrente, debía someterse a la regulación establecida para el acceso a la profesión de Agente de la Propiedad Industrial, contenida en el artículo 157, que en su regulación inicial y, en cuanto a titulación, exigía la de estar en posesión de un título oficial expedido por la Universidad en grado de Licenciado, expedido por Escuela Técnica Superior u otro título de carácter oficial que esté legalmente equiparado a éstos.

Tal precepto fue modificado con posterioridad, en el sentido de añadir a la titulación ya exigida la superación de un examen de aptitud acreditativo de los conocimientos necesarios para la actividad profesional definida de agente, en la forma que reglamentariamente se determine.

C) Imposibilidad de Convalidación del título de doctor en Odontología obtenido en la República Dominicana con el español de Licenciado en Odontología

La **STS de 15 de junio de 2004,** Sala Tercera, Ar. 3609, desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN que desestimaba el deducido contra Resolución del Ministerio de Educación y Ciencia sobre denegación de homologación del título de doctor en Odontología obtenido en la República Dominicana al español de Licenciado en Odontología.

En su Sentencia el TS señala una serie de postulados ya reiterados en su jurisprudencia: 1) No es ya posible la homologación con el viejo título de odontólogos cuyas enseñanzas dejaron de impartirse en España en 1948. 2) Respecto al Convenio Cultural celebrado entre España y la República Dominicana, no puede prescindirse de la normativa interna, acorde con las Directivas Comunitarias que determinan que la Administración, para decidir la homologación solicitada, tenga que realizar un control de equivalencia del título extranjero respecto del título español al que se pretende homologar. 3) El título de Odontólogo obtenido por la recurrente en la República Dominicana no es equivalente al título de Odontólogo español, ya que los estudios españoles que permiten acceder a la obtención del título de Licenciado de Odontología para ejercer dicha profesión son estudios superiores a los exigidos para la obtención del mencionado título de Odontólogo expedido en Santo Domingo. 4) La homologación no puede ser un canje material de títulos, ya que lo que se decide es que la aplicación del Convenio con la República Dominicana, cuando se trata de solicitudes de homologación de títulos, no impide la comprobación de la equivalencia de los títulos en cuestión.

Luis Cesteros Dapena
Jesús del Olmo Alonso
Pedro Antonio Martín Pérez
Miguel Sánchez Morón

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Sumario:

1. Distribución de competencias normativas en materia sancionadora. 2. Principio de legalidad: reserva de ley y tipicidad. A) Principio de legalidad, igualdad y potestad sancionadora: no cabe la invocación del derecho a la igualdad en la ilegalidad, ni siquiera la admisión de las pruebas propuestas para acreditar el trato desigual. B) Colaboración reglamentaria: es inconstitucional cuando la Ley no ha prefigurado los elementos esenciales de la infracción. C) Principio de legalidad y ordenanzas municipales. D) Prohibición de tipificar infracciones en un concierto, sin soporte legal alguno. E) Exigencia de tipicidad a pesar de la reprochabilidad social de la conducta. F) Tipicidad: normas posteriores que precisan mejor el tipo y sus consecuencias en la interpretación del tipo primitivo. **3. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable aprobada durante la tramitación de la casación. 4. Antijuridicidad.** A) El ejercicio legítimo de un derecho constituye una causa de justificación que excluye la antijuridicidad. B) La conducta no lesiona el bien jurídico protegido por la norma sancionadora. **5. Elementos subjetivos de la infracciones. Culpabilidad.** A) La debilidad del elemento culpabilístico en las infracciones formales. B) La interpretación razonable, aunque errónea, de la norma excluye la culpabilidad. C) Extensión del deber de diligencia. D) Unas circunstancias personales de estrés no son suficientes para entender excluida o atenuada la culpabilidad. E) Exclusión por confianza legítima. **6. Concurrencia de infracciones frente a la prohibición de doble sanción.** A) *Non bis in idem*: no se vulnera cuando se prevé una sanción disciplinaria, precisamente, para el funcionario condenado penalmente, aunque también se apreciara como agravante el ejercicio de una función pública. B) Infracción continuada. **7. Procedimiento administrativo sancionador.** A) Legitimación del denunciante. B) El derecho a no declarar es aplicable al procedimiento sancionador. C) La suspensión

preventiva de empleo y sueldo adoptada sin límite temporal constituye una cautela desproporcionada y, con ello, vulneradora de la presunción de inocencia del imputado. **8. En especial, la prueba y la presunción de inocencia.** A) Caracterización del derecho a la prueba. B) La presunción de inocencia es un derecho fundamental que rige sin excepciones en el procedimiento administrativo sancionador. Como regla de juicio, exige que la sanción se fundamente en una prueba de cargo, legítimamente obtenida, formalmente practicada y razonadamente valorada. C) La presunción de inocencia es un derecho fundamental del que es titular sólo el imputado. No puede invocarlo la parte acusadora (en concreto, la Administración en vía judicial). D) La posibilidad de contradicción refuerza el valor probatorio de las actas de inspección. E) El testimonio que constata una conducta exhibicionista que tuvo lugar dentro del domicilio particular no constituye una prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad e inviolabilidad del domicilio. F) Libre valoración de las diversas pruebas obrantes en el expediente. G) La percepción directa del hecho constitutivo de la infracción por el mando sancionador es prueba suficiente para sancionar. **9. Caducidad del procedimiento sancionador.** A) Origina la anulabilidad de la sanción extemporánea. B) Días inicial y final del cómputo del plazo de caducidad. En especial, del procedimiento sancionador por infracciones en el orden social. **10. Extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad e individualización de la sanción.** A) Aunque los hechos sean los mismos, la extensión de la sanción debe ser diferente en función del grado de responsabilidad de cada uno de los sujetos intervinientes. B) El principio de proporcionalidad. **11. Control contencioso-administrativo de las sanciones.** A) Sustitución de la infracción sancionada por la correcta, atendiendo a las circunstancias concurrentes. B) Posibilidad de modificar la infracción imputada, aunque manteniendo los hechos. C) La anulación en vía judicial de una sanción ya ejecutada puede originar la responsabilidad patrimonial de la Administración si se cumplen los requisitos legales pertinentes.

1. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS NORMATIVAS EN MATERIA SANCIONADORA

La **STC 254/2004, de 22 de diciembre,** cuestión de inconstitucionalidad, recuerda que la competencia para tipificar las infracciones y determinar las sanciones en un sector concreto es *ratione materiae*: "las competencias sancionadoras se incardinan en la materia sustantiva que le es propia". Sobre esta base, el Pleno estima que la Comunidad de Madrid, en el momento de aprobar la Ley de Calendario y Horarios Comerciales y su correspondiente régimen sancionador, carecía de competencia normativa en dicha materia, pues el Estatuto de Autonomía sólo le atribuía entonces competencia de ejecución en comercio interior –donde se encuadran los horarios comerciales–. Por tanto, concluye que los concretos artículos sancionadores sobre los que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad son inconstitucionales "con el efecto de su inaplicabilidad por el órgano judicial en el proceso *a quo*".

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Principio de legalidad, igualdad y potestad sancionadora: no cabe la invocación del derecho a la igualdad en la ilegalidad, ni siquiera la admisión de las pruebas propuestas para acreditar el trato desigual

Así lo sostiene la **STS de 10 de mayo de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 3765. Ésta es una línea jurisprudencial consolidada. Sin embargo, lo que añade esta sentencia es que también se estime acertada la denegación de la práctica de la prueba tendente a probar ese trato desigual, "en cuanto pretendiera acreditar un supuesto ineficaz de comparación". No obstante, entendemos que la prohibición de la arbitrariedad debe ser un límite a esta doctrina jurisprudencial y, en ese sentido, la denegación automática de la práctica de la prueba por ese motivo puede suponer la imposibilidad de probar un uso arbitrario y, por tanto, prohibido, de la potestad sancionadora por parte de la Administración.

B) Colaboración reglamentaria: es inconstitucional cuando la Ley no ha prefigurado los elementos esenciales de la infracción

Como ya comentamos en *JA* núm. 20, VII.3.A), la STC 52/2003, de 17 de marzo, afirmó, a propósito de la normativa sancionadora en materia de denominaciones de origen vitivinícolas, que "la mera afirmación legal de que 'se sancionará la indebida aplicación de las definiciones establecidas en el Capítulo II del Título preliminar' (del Estatuto del Vino, norma preconstitucional de rango legal) (...), no puede considerarse suficiente, por su carácter excesivamente genérico, como cobertura legal (del Reglamento del Rioja) (...). No hay determinación mínimamente individualizada de tal conducta en la Ley, de modo que pueda decirse que se han prefigurado en la misma los elementos esenciales de la infracción y que ésta ha quedado configurada como tal por el legislador. Lo impide la radical abstracción de la descripción legal –cualquier infracción de las condiciones que se establezcan–, que no suministra criterio alguno de gravedad o de antijuridicidad

material, ni enumera las condiciones materiales o formales que estima relevantes." En virtud de esta jurisprudencia, la **STSJ de la Rioja de 19 de junio de 2004**, Ar. 515, anula una sanción impuesta por el Consejo Regulador de Rioja por la indebida utilización de la cartilla de viticultor.

C) Principio de legalidad y ordenanzas municipales

La **STS de 25 de mayo de 2004,** Sección Cuarta, Ar. 4036, casa una sentencia del TSJ de Aragón que había anulado el régimen sancionador de la Ordenanza del Ayuntamiento de Zaragoza sobre tenencia y circulación de animales de compañía, por vulnerar el principio de legalidad, al no existir ninguna ley en la que pudieran ampararse los tipos de infracciones y sanciones en ella recogidos. Se reitera la jurisprudencia contenida en la STS de 29 de septiembre de 2003, Ar. 6487, de la que dimos cuenta en *JA* núm. 24, VII.4.B). Allí, en una interpretación integradora –más bien, creadora– y conforme a "la realidad social de los tiempos en que las normas deben aplicarse", se resuelve la tensión entre el principio de reserva de ley en materia sancionadora y el de autonomía local, de un modo favorable a este último, de manera que: "mediante Ordenanza local, en cumplimiento de los preceptos generales de los artículos 55 y 59 del texto refundido de régimen local, se pueden tipificar válidamente las infracciones y sanciones, que han de ser de carácter pecuniario, cuando ello sea una garantía indispensable para su cumplimiento, siempre que al hacerlo no se contravengan las Leyes vigentes, y únicamente en los casos en que no se haya promulgado Ley estatal o autonómica sobre la materia, y en los que los Ayuntamientos actúen en ejercicio de competencias propias que, por así decirlo, tengan el carácter de nucleares y lleven anejas potestades implícitas de regulación, y respetando los principios de proporcionalidad y audiencia al interesado, así como ponderando la gravedad del ilícito y teniendo en cuenta las características del ente local".

Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2004,** Ar. 579, cuestión de ilegalidad, mantiene la línea jurisprudencial tradicional, mucho más estricta a la hora de enjuiciar el respeto al principio de reserva de ley por parte de las Ordenanzas municipales. Y eso además en un ámbito –el tipo consistía en superar los límites establecidos de ruido–, donde el propio Tribunal Constitucional se ha mostrado más flexible [*vid. JA* núm. 24, VII.4.A)]. Más aún, la Sala rechaza incluso el respaldo que una Ley posterior (la Ley catalana de Policía de Espectáculos y Establecimientos Públicos) pudiera haber dado al tipo, por cuanto "lo verdaderamente trascendente es que cuando se ejerció la potestad reglamentaria sancionadora no existía ninguna cobertura legal debidamente puesta de manifiesto que pudiese posibilitar la misma".

D) Prohibición de tipificar infracciones en un concierto, sin soporte legal alguno

La Seguridad Social firmó un concierto con una empresa farmacéutica, donde se establecía un completo régimen de infracciones y sanciones, debidamente graduadas en leves, graves y muy graves. La **STSJ de Madrid de 20 de marzo de 2004**, Ar. 584, descarta "que nos encontremos ante simples cláusulas penales estimuladoras del cumplimiento del deu-

dor". Constituyen, por contra, "un auténtico catálogo de infracciones y de sanciones"; y, con ello, "un auténtico ejercicio del *ius puniendi* del que es titular la Administración para castigar conductas antijurídicas". La consecuencia no puede ser otra que la nulidad de toda sanción impuesta con base en dicho concierto, dada la ausencia absoluta de "todo el entramado de garantías que la jurisprudencia constitucional ha hecho derivar del artículo 25.1 de la CE". "Se trataría, por tanto, en el supuesto enjuiciado, de una infracción tipificada en un Concierto sin soporte en norma legal alguna y con un único entronque o fundamento normativo en una disposición reglamentaria que se limita a contener una remisión en blanco al Concierto".

E) Exigencia de tipicidad a pesar de la reprochabilidad social de la conducta

Así lo reitera la **STS de 12 de julio de 2004**, Sala de lo Militar, Ar. 5377.

F) Tipicidad: normas posteriores que precisan mejor el tipo y sus consecuencias en la interpretación del tipo primitivo

Con carácter general, la **STS de 1 de julio de 2004,** Sección Tercera, Ar. 4329, establece que "nada impide que el Legislador detalle o precise en una norma penal (entiéndase, sancionadora) posterior el contenido más amplio de otra precedente: tal modificación no supone necesariamente (...) que la interpretación de la norma originaria deba excluir los supuestos ulteriormente precisados por la norma posterior. Habrá que analizar, en cada caso, si una determinada conducta era subsumible en el precepto penal primitivo, aun cuando también lo sea en el sucesivo".

3. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE APROBADA DURANTE LA TRAMITACIÓN DE LA CASACIÓN

La empresa Rank Xerox había sido sancionada por el Tribunal de Defensa de la Competencia por diversos acuerdos restrictivos de la competencia. En concreto, la práctica consistía en haber incluido una cláusula en los contratos suscritos con sus distribuidores exclusivos donde se condicionaba la venta a éstos de las máquinas fotocopiadoras a que el comprador final suscribiese un contrato de asistencia técnica con Rank Xerox, de tal forma que, en ausencia de dicho contrato, Rank Xerox podía negarse a entregar al distribuidor la máquina vendida por éste. La **STS de 10 de junio de 2004,** Sección Tercera, Ar. 3685, entiende que la conducta sancionada estaba incluida en el momento en que ocurrieron los hechos en los comportamientos prohibidos por la Ley de Defensa de la Competencia. No obstante, advierte que con posterioridad incluso a la fecha de la sentencia recurrida en casación se aprobó un reglamento de desarrollo de la Ley de Defensa de la Competencia que eximía a la conducta sancionada de ser comprendida entre los comportamientos prohibidos. Por tanto, a pesar de la naturaleza excepcional del recurso de casación, el Tribunal considera que "resulta vinculante la exigencia constitucional de preceptiva aplicación de las disposiciones sancionadoras favorables derivada de los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución".

4. ANTIJURIDICIDAD

A) El ejercicio legítimo de un derecho constituye una causa de justificación que excluye la antijuridicidad

– Del derecho a la libertad de expresión en el desempeño de la defensa letrada

En el período analizado, el TC resuelve, con distinta suerte pero aplicando la misma doctrina, dos recursos de amparo interpuestos por dos abogados sancionados por Jueces. En ambos casos, los letrados alegan que la multa impuesta ha vulnerado su derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa de su cliente [artículo 24.2 en relación con el artículo 20.1.a) de la CE].

El TC afirma en ambos pronunciamientos que "el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación, al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa del artículo 24 CE. Consiste en una libertad de expresión reforzada (...). Se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar (...)". No obstante, aclara:

> "result(a) preciso cohonestar dos exigencias potencialmente opuestas, pero complementarias: el respeto a la libertad del Abogado en la defensa del ciudadano y el respeto por parte del Abogado de los demás sujetos procesales, que también participan en la función de administrar justicia (...). La existencia de tales derechos fundamentales y bienes constitucionales en conflicto ha de obligar al órgano jurisdiccional (...) a determinar si la conducta del Abogado está justificada por encontrarse comprendida dentro de la libertad de expresión necesaria para el eficaz ejercicio del derecho de defensa, o si, por el contrario,(...), se pretende atentar a la imparcialidad del Tribunal o alterar el orden público en la celebración del juicio oral, o menoscabar el respeto que merecen los demás intervinientes en el proceso"

A partir de ahí, cada una de las sentencias analiza los supuestos de hecho sancionados. En la **STC 197/2004, de 15 de noviembre,** la corrección disciplinaria se fundamenta en varias expresiones que el abogado incluye en diversos escritos que presenta al Juzgado. El origen de tales escritos es que el abogado solicitó al Juzgado que se siguiese el proceso en castellano, debido a su desconocimiento de la lengua catalana y el riesgo de indefensión que tal situación pudiera crear a su cliente. El Juzgado denegó tal solicitud, acordando únicamente que, en lo sucesivo, se le entregase traducción al castellano de las resoluciones que se dictasen en catalán. El abogado presentó, entonces, varios escritos reiterando su petición, sucesivamente denegada, en los que incluyó, entre otras, las siguientes afirmaciones: calificó el auto que denegaba su petición como "militante"; al Juzgado de "catalanizante"; explicó que "es de primer curso de Derecho saber que un menor no puede ser objeto de condena procesal"; aclaró que "la persona y el cargo de S. S.ª nos son muy queridos y en todo caso respetados, no así su ciencia, con todos los respetos sea dicho"; se refirió a "la titubeante y ambigua posición de este Juzgado desde que ha cambiado de

titular y secretario"; argumentó que "parece una auténtica tomadura de pelo, con todos los respetos sea dicho, y ya nos duele tener que decir esto, que una Jueza que parece va a ser urgentemente investigada por los órganos disciplinarios del poder judicial, sin perjuicio de su presunción de inocencia que reconocemos (esperando de S. S.ª similar trato)"; comentó que "también sorprende la similitud ideológica que existe entre el Auto que S. S.ª dictó ¡el 18 de julio! (fecha bien emblemática en el pasado régimen) –coincidencias del destino y de la casualidad–, con esta propuesta de un partido político cuyos fines son la independencia de Cataluña"; y terminó señalando que "lo único que podría condensar es un presunto abuso de autoridad del Sr. Secretario y de S. S.ª, con todos los respetos sea dicho hacia sus personas".

Al respecto, el TC concluye que "sin perjuicio del derecho que asistía al recurrente para postular que la lengua utilizada en el proceso fuese el castellano, es lo cierto que (...) entraña(n) un evidente menosprecio de la función judicial que en nada se ordena a la defensa de los intereses del defendido (...) y que, por esto mismo, no puede encontrar cobertura o justificación en la libertad de expresión del Letrado en el ejercicio de sus funciones de defensa (...). En efecto, las reseñadas son expresiones innecesarias (...) que se dirigen directamente a la titular del órgano judicial, sin más ánimo que el de descalificarla y menospreciarla".

Por su parte, la **STC 22/2005, de 1 de febrero**, analiza la constitucionalidad de una multa de cincuenta mil pesetas impuesta a una abogada que en el curso de una declaración testifical, y una vez hubo finalizado el interrogatorio de un testigo, se dirigió a él diciéndole: "lo que usted quiere decir es que su Señoría no recogió lo que usted manifestó". La titular del Juzgado consideró que tal comentario resultaba "gravemente impertinente" y que "no tenía otra finalidad que la de poner en cuestión su imparcialidad". Según el TC, "estas palabras, aun siendo cierto que (...) se manifestaron después de terminada la testifical, (...) se produjeron dentro de la Sala y en unidad de acto, con una palmaria conexión lógica y temporal con las manifestaciones vertidas por el testigo (...). A mayor abundamiento, (...) en el mismo lugar y tiempo indicados en el acta, la propia Letrada, inmediatamente a continuación de realizadas dichas manifestaciones, ofreció sus excusas a la Sra. Juez por si había molestado sensibilidades (...). Las expresiones utilizadas no resultan objetivamente injuriosas, ni se trata de expresiones descalificadoras". Son palabras "emplead(a)s en términos de defensa". "Por ello, las expresiones vertidas se amparan en la libertad de expresión de la Letrada, (...) (pues) estuvieron guiadas por un mero afán de aclarar ciertos extremos dudosos de la declaración de un testigo en el marco de una actuación encaminada a defender los intereses de su patrocinado". Se otorga el amparo y se anula la sanción impuesta.

– Del derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de la autodefensa

Un guardia civil recurre en alzada una resolución de su superior que le denegaba un permiso sugiriendo, como posible causa de tal denegación, la animadversión que hacia su persona sentía el superior. Tal sugerencia motivó que fuese sancionado por manifestación contraria a la disciplina (falta grave). La **STS de 10 de septiembre de 2004**, Sala de lo Militar, Ar. 5377, concluye "que toda la argumentación del imputado no excede del derecho a la libertad de expresión, entendido en el marco del derecho de defensa".

– **Del derecho a no declarar contra sí mismo**

Un magistrado sancionado disciplinariamente por la "inobservancia del deber de abstención a sabiendas de que concurre alguna de las causas legalmente previstas" no puede alegar el ejercicio legítimo del derecho a no declarar contra sí mismo como causa que justifique su conducta y elimine su antijuridicidad. El magistrado argumenta que, en el momento en que debió producirse la abstención, se habían incoado contra él diligencias penales –posteriormente archivadas– por posible prevaricación y cohecho por los mismos hechos que debieron dar lugar a la abstención y que haberse abstenido hubiera significado un reconocimiento de responsabilidad implícita. No está de acuerdo con tal argumento la **STS de 28 de junio de 2004**, Sección Séptima, Ar. 5173, pues "su abstención en manera alguna habría tenido el significado de acusarse a sí mismo, ni el de reconocer que estaba interesado personalmente en la causa, pues bastaba para justificarla la invocación de la dimensión objetiva de la imparcialidad".

– **Del derecho a la salud**

Un guardia civil es sancionado por "descuido en el aseo personal", en concreto, por llevar dos días sin afeitarse. La **STS de 15 de julio de 2004**, Sala de lo Militar, Ar. 5364, está de acuerdo con la sentencia de instancia en que el sancionado había dejado de afeitarse por prescripción médica debido a una afección dermatológica crónica, cuyo tratamiento requería prescindir totalmente del rasurado, lo que constituye una causa que justifica su conducta. Utilizando las palabras del TS, entraña "una manifestación, mínima pero suficiente a estos efectos, del derecho fundamental a la salud (artículos 15 y 43.1 de la CE), que en colisión con el deber del aseo personal concretado en aquella manifestación de afeitarse cada día, da lugar a la prevalencia de aquél y correlativo sacrificio de éste por su menor entidad".

B) La conducta no lesiona el bien jurídico protegido por la norma sancionadora

– La Fundación para la Juventud había sido sancionada por no haber comunicado su toma de participaciones significativas en el capital de "Naarden Internacional, SA". La Sala de instancia anula la sanción esencialmente por dos motivos: el primero, porque la adquisición se había producido a título oneroso; y el segundo, que es el que ahora nos interesa, por falta de antijuridicidad, por cuanto "el capital social de 'Naarden Internacional, SA' estaba básicamente controlado, antes y después de la elusión de oferta pública de adquisición, por las mismas personas físicas o jurídicas (pues todo se había realizado dentro del mismo grupo societario); que su consejo de administración continuó con la misma composición antes y después de la toma (formal) de participación, y que no hubo accionistas minoritarios perjudicados por la actuación de la Fundación". La **STS de 22 de julio de 2004,** Sección Tercera, Ar. 4354, califica esta última argumentación como discutible, pero no entra a analizarla por cuanto no había sido impugnada en casación.

– Un Guardia Civil es sancionado por "la falta de colaboración manifiesta con los demás miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad". Los hechos que habían motivado la sanción era que no había denunciado, pese a conocerla, la situación ilegal de una ciudadana brasileña con la que convivía. La **STS de 4 de junio de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 3813, concluye que la conducta reprochada "sería irrelevante para la configuración de la infracción (...) porque las autoridades correspondientes ya estaban al tanto de aquella situación desde hacía tiempo (...). Pero desde el momento en que la situación ilegal era conocida ninguna influencia pudo tener el silencio de aquél. Existente el expediente de expulsión, cualquier comportamiento del guardia civil respecto a la formulación de la denuncia era inocuo: la denuncia en nada ayudaría a quienes ya conocían la situación, y la no denuncia en nada perjudicaría a éstos".

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) La debilidad del elemento culpabilístico en las infracciones formales

Un transportista había sido sancionado por no llevar en el vehículo todos los discos del tacógrafo de la semana en curso y la hoja del último día de la semana anterior a la que condujo. El transportista alega que era el único día que había conducido esa semana. La sentencia de instancia entiende que una vez planteada la duda sobre si condujo o no, la Administración no ha desvirtuado con la fuerza necesaria la presunción de inocencia, por lo que anula la sanción. La Administración plantea un recurso de casación en interés de ley que se resuelve favorablemente a sus pretensiones. La **STS de 14 de junio de 2004,** Sección Tercera, Ar. 3686, aproximándose mucho a las posiciones propias de la responsabilidad objetiva, establece que se trata de una "infracción formal que se consuma, tanto si se condujo como si no se hizo, por el mero hecho de no estar en disposición de presentar en ese momento (cuando se lo requieren los agentes), la documentación requerida, ya que su objetivo no es otro que comprobar los tiempos de descanso, para dar seguridad al tráfico". Además, "de aceptarse que la mera alegación de que no se había conducido con anterioridad, eximiera de esa presentación en ese momento preciso, el de ser requeridos por el agente de control, impediría la adopción de medidas que pueden adoptarse para evitar peligros graves para la seguridad de la carretera y, en consecuencia, para la integridad de las personas y bienes". En nuestra opinión, sin perjuicio de las dificultades que siempre plantea la apreciación del elemento culpabilístico en las infracciones formales, este último argumento utilizado por la Sala entremezcla peligrosamente lo que son las garantías propias del Derecho Administrativo Sancionador con la adopción de ciertas medidas que no tienen como finalidad castigar sino proteger la seguridad en el tráfico.

B) La interpretación razonable, aunque errónea, de la norma excluye la culpabilidad

Insiste la **STS de 10 de mayo de 2004**, Sección Segunda, Ar. 4923, en la jurisprudencia, ya consolidada, según la cual "cuando el recurrente facilita a la Administración todos los datos y medios de investigación de su situación fiscal, las discrepancias o interpretaciones jurídicas contradictorias no constituyen propósito fraudulento, (...) los expedientes deben calificarse, en estos casos, como de rectificación sin imposición de sanción". En el

mismo sentido, la **STS de 22 de junio de 2004**, Sección Segunda, Ar. 5214, explica que la "no ocultación, es capital en nuestra jurisprudencia a la hora de valorar la conducta del recurrente". Además, recuerda que para que la interpretación errónea de la norma elimine la culpabilidad debe ser razonable, requisito que se cumple en el caso concreto pues "determinados órganos jurisdiccionales han sostenido de modo razonable y no arbitrario idéntica tesis a la mantenida por la demandante".

Especial interés tiene la **STS de 6 de febrero de 2004,** Sección Segunda, Ar. 3389. Una Comunidad de Propietarios de Apartamentos se deduce del Impuesto de Sociedades en el ejercicio 1978 un canon por ceder los comuneros a la Comunidad sus apartamentos para la explotación hotelera. La Administración tributaria considera que ese canon no es un gasto deducible, sino una mera retribución indirecta por la cesión de un capital. Por su parte, la Sala considera que no ha existido intencionalidad, "sino una concepción peculiar, incluso artificiosa, en la acepción primera de esta palabra según el Diccionario de la Real Academia Española como 'algo hecho o elaborado con arte, primor, ingenio o habilidad', con el propósito de imputar los resultados obtenidos por la Comunidad en la persona de los comuneros, lo cual desde el punto de vista de la Hacienda Pública moderna es lo acertado" y, más aún –insiste la sentencia– lo que hizo la reforma tributaria que entró en vigor en 1979. Estos motivos –aunque la sentencia también reconoce que no puede predicarse el principio de retroactividad *in bonus* porque el régimen sancionador como tal no varió en 1979–, hace que la Sala anule la sanción por ausencia de culpabilidad.

C) Extensión del deber de diligencia

Se sanciona disciplinariamente a una magistrada por "el retraso injustificado en la iniciación o en la tramitación de los procesos o causas de que conozca el juez o magistrado en el ejercicio de su función, si no constituye falta muy grave". Los hechos que están en la base de la sanción son: que Doña Amparo acudió el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción un viernes, en horario de atención al público, solicitando que en unas Diligencias Previas que se habían abierto por amenazas de muerte de D. Rodrigo contra ella se adoptara la medida cautelar de alejamiento, pues éste la había seguido en días anteriores; y que la magistrado no proveyó sobre su contenido. El domingo Doña Amparo fallece a consecuencia de una agresión de D. Rodrigo.

Frente a esto la sancionada alega que "el escrito no estuviera firmado, que la denunciante no estuviera personada, que fuera víspera de festivo y su Juzgado no estuviera de guardia o que fueran precisos diversos trámites para hacer efectiva la medida cautelar o que ésta resultaría, a pesar de todo, inútil". La **STS de 12 de julio de 2004,** Sección Séptima, Ar. 4201, estima que ninguna de estas alegaciones tiene relevancia, pues "no se responsabiliza a la Magistrada de la detención ilegal y asesinato. Lo que se le imputa es que no proveyera de inmediato sobre una solicitud que lo demandaba a simple vista (...)(debe tenerse en cuenta que constaba que el denunciado estaba en libertad condicional, tras haber sido condenado a más de 17 años por un delito de asesinato frustrado de una anterior novia suya y otro de tenencia de armas prohibidas). Lo que cuenta es que no se puede dejar sin

resolver de inmediato sobre una petición de medidas de alejamiento fundada en el temor por su vida de quien la solicita. Y esto basta con que suceda una vez y es independiente de la situación en que se halle el Juzgado."

D) Unas circunstancias personales de estrés no son suficientes para entender excluida o atenuada la culpabilidad

Así lo afirma la **STS de 14 de mayo de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 3773, que añade: "... de la citada conclusión médica no se deduce la afectación en el inculpado de su capacidad de comprender la ilicitud de los hechos que cometió desde el punto de vista disciplinario, la comprensión de su reprochabilidad y su obligación de actuar de manera distinta de conformidad con lo establecido en las RROO de las Fuerzas Armadas...".

E) Exclusión por confianza legítima

La **STSJ de Cataluña, de 10 de mayo de 2004,** Ar. 504, lleva a cabo una posiblemente inadecuada aplicación del principio de protección de la confianza legítima. En el caso, se impugnaba una sanción impuesta a una empresa por haber difundido un folleto publicitario en el que se hacían indicaciones de índole terapéutica sobre productos cosméticos que comercializaba. A juicio del Tribunal, tal acción –que supone la infracción del artículo 20.2.5 del Real Decreto 1599/1997, sobre productos cosméticos– no es merecedora, sin embargo, de sanción, toda vez que la actuación de la sancionada se basa en "expectativas fundadas y legítimas" que derivan de ciertas circunstancias concurrentes. Lo sorprendente radica en que esas expectativas no tienen su base en actuaciones de la Administración (lo que caracteriza la confianza legítima), sino de la propia sancionada (que atendió a los requerimientos que le dirigió la Administración, que retiró el folleto con anterioridad a la fecha de incoación del expediente sancionador, etc.), lo que, en su caso, justificaría un juicio favorable sobre la diligencia de la empresa y la reprochabilidad de su conducta, pero no la apreciación de este principio, y mucho menos, la anulación de la sanción. Más aún, las actuaciones del empresario aducidas por la sentencia se produjeron en un momento posterior al del hecho sancionado, por lo que difícilmente podrían aportar alguna luz sobre el grado de culpabilidad en la comisión de la infracción y no debe olvidarse que ése es el ámbito propio del principio de confianza legítima.

6. CONCURRENCIA DE INFRACCIONES FRENTE A LA PROHIBICIÓN DE DOBLE SANCIÓN

A) *Non bis in idem:* no se vulnera cuando se prevé una sanción disciplinaria, precisamente, para el funcionario condenado penalmente, aunque también se apreciara como agravante el ejercicio de una función pública

La **STS de 7 de junio de 2004**, Sección Séptima, Ar. 5789, recuerda que "para que la dualidad de sanciones (penal y administrativa) sea constitucionalmente admisible, es necesario que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo

que aquel que la primera sanción trata de salvaguardar, o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado". En el supuesto enjuiciado, se sancionó disciplinariamente a un policía con la separación definitiva del servicio por realizar "cualquier conducta constitutiva de delito doloso", toda vez que había sido condenado por delitos continuados de apropiación indebida, de falsedad y de estafa. Según el TS, "en el primer caso (...), se castigó el atentado contra la propiedad. En el segundo (...), se sanciona la gravísima vulneración del normal funcionamiento de los servicios policiales. Los intereses jurídicamente protegidos en uno y otro caso son profundamente distintos, por lo que no procede aplicar aquí la jurisprudencia sobre el principio *non bis in idem*". Más aún, mantiene la Sala esta misma posición aunque en uno de los delitos se apreció la agravante de prevalerse el culpable del ejercicio de una función pública.

B) Infracción continuada

El jefe de pareja reprendió al guardia civil Luis Antonio por consumir cerveza –al tomarse un bocadillo– al entrar de servicio. El guardia civil reprendido tildó a su jefe de pareja de "inútil" y de que "no valía nada como guardia"; le dirigió otras frases insultantes y con el arma larga en la mano llegó a la amenaza ("no te pongas por delante por si se me escapa un tiro"). Prestando el servicio de ese día, incurrió en insubordinación al entrar sobre las tres quince de la madrugada, sin consentimiento del jefe de pareja, en un bar, "donde se produjo un enfrentamiento indebido y escandaloso con los jóvenes que allí se encontraban, a los que ordenó salir impetuosamente del local –que había incumplido su horario de cierre–. Por último, los hechos acaecidos a las 3,40 horas con el Sr. Carlos, en los que hubo injurias e incluso agresión y altercado posterior en el que también el otro guardia recibió un golpe del guardia Luis Antonio al intentar separarlos, culminando todo ello con la exhibición de la pistola por parte del guardia Luis Antonio y frases amenazantes al Sr. Carlos y a otro guardia. Es sancionado con separación del servicio por la infracción consistente en "observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad de la Institución que no constituyan delito". La **STS de 14 de mayo de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 3773, considera que se trata de una infracción continuada que se produce a lo largo de todo el servicio.

7. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Legitimación del denunciante

La **STS de 12 de julio de 2004,** Sección Séptima, Ar. 4201, admite la legitimación de los denunciantes para interponer recurso contencioso-administrativo contra la sanción impuesta por el Consejo General del Poder Judicial a una magistrada, con el argumento de que no tiene sentido rechazarla "una vez que la Sala ha tenido que examinar el fondo que planteaban los recurrentes". Posiblemente, la naturaleza de los hechos que motivaron la denuncia [*vid. supra*, VII.5.B)] también explique esta admisión de la legitimación.

B) El derecho a no declarar es aplicable al procedimiento sancionador

Lo reconoce la **STS de 11 de mayo de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 5382, en el ámbito disciplinario militar. La sentencia explica que el guardia civil sancionado con la separación definitiva del servicio "fue citado para que tuviera lugar la toma de declaración (...), compareciendo el expedientado que (...) después de serle puesto de manifiesto el expediente con la totalidad de las actuaciones que lo constituían –con lo que se satisfizo su derecho a ser informado de la imputación existente contra él–, hizo uso de su derecho constitucional a no declarar".

C) La suspensión preventiva de empleo y sueldo adoptada sin límite temporal constituye una cautela desproporcionada y, con ello, vulneradora de la presunción de inocencia del imputado

Un funcionario sometido a procedimiento disciplinario es suspendido cautelarmente por tiempo indeterminado. Al respecto, la **STSJ de Madrid de 19 de febrero de 2003**, Ar. 528 de 2004 razona que "aun cuando las razones esgrimidas por la Administración al adoptar la medida (...) justifican sobradamente –dada la gravedad de los hechos investigados– tal decisión", "esta indeterminación en elemento tan esencial de toda medida cautelar en materia sancionadora –provisional y de duración limitada, por naturaleza– supone, *de facto,* dejar su determinación temporal a la voluntad y arbitrio de quien instruye dicho expediente, algo inconciliable con las garantías que han de rodear a todo procedimiento administrativo sancionador (...), por lo que el establecimiento de una medida cautelar (...), sin limitación temporal vulnera no sólo el derecho a la presunción de inocencia por su falta de proporcionalidad, sino que, incluso, puede llegar a constituir una sanción de plano". Esta doctrina es sorprendente porque, aunque las medidas provisionales son de suyo transitorias, no se fija de antemano su duración concreta. Tampoco en el ámbito procesal penal el juez determina al acordar la prisión provisional su duración.

8. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) Caracterización del derecho a la prueba

– Es un elemento inseparable del derecho mismo a la defensa.

– No es un derecho absoluto ni incondicionado. No faculta a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada. Consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas sin desconocimientos ni obstáculos.

– Las pruebas reiterativas son improcedentes e innecesarias.

– La inejecución imputable a la Administración de una prueba decisiva en términos de defensa vulnera el artículo 24.2 de la CE. Ahora bien, el imputado tiene la carga de argumentar la trascendencia de la prueba que proponga.

Todo ello lo reitera la **STS de 13 de julio de 2004,** Sección Séptima, Ar. 5359.

B) La presunción de inocencia es un derecho fundamental que rige sin excepciones en el procedimiento administrativo sancionador. Como regla de juicio, exige que la sanción se fundamente en una prueba de cargo, legítimamente obtenida, formalmente practicada y razonadamente valorada

Así lo sostienen las **SSTS de 25 de mayo y 20 de julio de 2004,** Sección Séptima, Ar. 4034 y 5257; y las **SSTS de 11 y 25 de mayo, y 20 y 27 de septiembre de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 5382, 5383, 5659 y 5661.

C) La presunción de inocencia es un derecho fundamental del que es titular sólo el imputado. No puede invocarlo la parte acusadora (en concreto, la Administración en vía judicial)

Lo afirma la **STS de 28 de septiembre de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 5662, añadiendo que "la Constitución no incluye un principio de presunción de inocencia invertida (...). Y, por tanto, cuando la sentencia absolutoria (de instancia que anule la sanción) se fundamenta en la conculcación de ese derecho fundamental (a la presunción de inocencia), la acusación (la Administración) no puede invocarlo (en casación) en perjuicio del reo para obtener una nueva valoración probatoria que conduzca a la (...) sanción".

D) La posibilidad de contradicción refuerza el valor probatorio de las actas de inspección

> "No cabe negar carácter probatorio a las actas de inspección desde el mismo momento en que el recurrente (juez sancionado disciplinariamente por retraso injustificado a la hora de dictar sentencias en su Juzgado) estuvo presente en la visita de inspección al Juzgado (...) y en ningún momento discutió la realidad de los datos objetivos que se recogen en el informe del Servicio de Inspección" (**STS de 13 de julio de 2004,** Sección Séptima, Ar. 5359).

E) El testimonio que constata una conducta exhibicionista que tuvo lugar dentro del domicilio particular no constituye una prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad e inviolabilidad del domicilio

Un guardia civil es sancionado disciplinariamente por observar una conducta gravemente contraria al servicio y a la dignidad de la institución que no constituye delito. En concreto, por conducta exhibicionista desde su domicilio particular (pasear, moverse y hacer gimnasia desnudo en una habituación de su piso, situándose siempre próximo a la ventana). Alega en casación que la prueba de cargo (testimonio de las alumnas del colegio y de una de las profesoras) fue obtenida con vulneración de su derecho fundamental a la intimidad personal y a la inviolabilidad del domicilio (al ser observado en el interior de su vivienda desde un lugar alejado de forma voluntaria y sin prevenirle). Sin embargo, el órgano sancionador llega a la conclusión de que si tales observadoras pudieron darse cuenta y advertir su actitud, "ello tan sólo pudo tener lugar como consecuencia de las acciones que para llamar su atención efectuara el recurrente subiendo y bajando las persianas de la ventana, acción que (...) se considera como expresión de los esfuerzos e interés del guardia civil (...) para conseguir ser observado por las alumnas del colegio, lo

que permite establecer la existencia de un requerimiento por su parte y, en consecuencia, de su consentimiento para que la observación tuviera lugar". Por tanto, la prueba testifical practicada fue legítimamente obtenida **(STS de 25 de mayo de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 5383).

F) Libre valoración de las diversas pruebas obrantes en el expediente

La **STS de 25 de mayo de 2004,** Sala de lo Militar, comentada en el apartado anterior, concede mayor verosimilitud a unas pruebas testificales que a otras de observación directa y pericial fotográfica para entender acreditada la conducta exhibicionista del sancionado. Ni durante la observación directa del domicilio, ni en el reportaje fotográfico realizado a lo largo de dos semanas se percibieron conductas exhibicionistas. No obstante, el Tribunal entiende que los testimonios existentes constituyen prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia.

G) La percepción directa del hecho constitutivo de la infracción por el mando sancionador es prueba suficiente para sancionar

Lo reitera, una vez más, la **STS de 27 de septiembre de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 5661.

9. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Origina la anulabilidad de la sanción extemporánea

Lo afirma la **STS de 28 de junio de 2004,** Sección Tercera, Ar. 5326: "sin género de dudas (...), cualquier resolución dictada una vez producida la caducidad del procedimiento (sancionador) resulta anulable, puesto que todas las actuaciones del mismo habrían debido ser archivadas. Consiguientemente, si la caducidad es apreciada judicialmente, la sentencia deberá acordar la nulidad de la resolución extemporánea (...). La caducidad del procedimiento acarrea la nulidad de una sanción impuesta tras concluir el plazo previsto para el procedimiento establecido."

B) Días inicial y final del cómputo del plazo de caducidad. En especial, del procedimiento sancionador por infracciones en el orden social

En la jurisprudencia menor, se observan dos posturas a propósito del *dies a quo* en el cómputo del plazo de caducidad: para la **STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2004,** Ar. 669, y la **SAN de 30 de junio de 2004**, Ar. 504, lo es la fecha del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador; por el contrario, la **STSJ de Madrid de 20 de marzo de 2003,** Ar. 563, entiende que el plazo de caducidad se inicia "cuando se notifica la iniciación del expediente sancionador".

En cuanto al día final, tal y como establece la Ley 30/1992, la **STS de 18 de junio de 2004,** Sección Cuarta, Ar. 5594, recuerda que "debe estarse a la fecha de la notifica-

ción (de la resolución sancionadora) (...) para evitar que ésta quede al arbitrio de la Administración".

Por último, la **STS de 21 de julio de 2004,** Sección Cuarta, Ar. 5569, siguiendo la doctrina establecida por este Tribunal en su Sentencia de 12 de noviembre de 2001, que resolvió un recurso de casación en interés de la Ley, sostiene que el cómputo del plazo de caducidad de los procedimientos para imponer sanciones por infracciones en el orden social "se inicia en la fecha del acta de infracción levantada por la Inspección, y no en la fecha de la visita de inspección de la que traiga causa si ésta fue anterior".

10. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA SANCIÓN

A) Aunque los hechos sean los mismos, la extensión de la sanción debe ser diferente en función del grado de responsabilidad de cada uno de los sujetos intervinientes

En una pareja de la guardia civil, la responsabilidad del "auxiliar" es menor que la del jefe de la pareja. Siendo sancionados ambos por el mismo hecho, la extensión de la sanción, por imposición del principio de proporcionalidad, debe ser menor para el auxiliar que para el jefe. Así lo estima la **STS de 15 de julio de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 5363, argumentando que "el cometido de Jefe de Pareja atribuye a quien lo ejerce la condición de superior en relación al auxiliar por razón del mando que le corresponde al desarrollar esa función, (...), superioridad funcional que tiene su reflejo en la responsabilidad inherente a su ejercicio, que no es renunciable ni compartible".

B) El principio de proporcionalidad

– Hace de la determinación de la sanción una actividad reglada

El principio de proporcionalidad ha servido "como un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria". En este sentido este principio hace "de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción" **(STS de 24 de mayo de 2004,** Sección Tercera, Ar. 3251).

– Es compatible con la discrecionalidad administrativa

Así, la **STS de 25 de mayo de 2004,** Sección Séptima, Ar. 4034, sostiene que el principio de proporcionalidad "exige que la discrecionalidad que se otorga a la Administración para la aplicación de la sanción se desarrolle ponderando en todo caso las circunstancias

concurrentes, al objeto de alcanzar la debida proporción entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida".

– Conlleva que la conducta imprudente del trabajador deba tenerse en cuenta cuando concurre a la hora de ponderar la sanción en las infracciones en materia de seguridad laboral

Así, lo afirma la **STS de 19 de abril de 2004,** Sección Cuarta, Ar. 4049, en un recurso de casación para la unificación de doctrina.

11. CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LAS SANCIONES

A) Sustitución de la infracción sancionada por la correcta, atendiendo a las circunstancias concurrentes

Debido a que "los hechos –constitutivos de la infracción sancionada– derivaban de un clima de animadversión generalizada (...) (existente entre el distinto personal del Juzgado), escasamente proclive a favorecer una situación de sosiego, de tranquilidad, y de paz, tan necesarias para una mayor tolerancia, comprensión, transigencia y entendimiento", la **STS de 13 de julio de 2004,** Sección Séptima, Ar. 5286, sin modificar los hechos mismos, sustituye las faltas disciplinarias por las que se sancionó a un magistrado por otras más leves. Así una falta muy grave –"la desatención o el retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos"–, por una grave –"el incumplimiento injustificado y reiterado de un horario de asistencia y de atención"–. Y una falta grave –"el abuso de autoridad y desconsideración grave"–, por otra leve –"la desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico"–.

B) Posibilidad de modificar la infracción imputada, aunque manteniendo los hechos

Esto es lo que *obiter dicta* parece admitir la **STS de 20 de septiembre de 2004**, Sala de lo Militar, Ar. 5659, cuando reitera jurisprudencia anterior en la que se distingue "entre la falta de tipicidad absoluta o falta de ilicitud del acto sancionado (...) y [la] falta de tipicidad relativa, para el supuesto de que la acción sancionada no esté incardinada en el tipo disciplinario por el que se calificó, aunque pueda estarlo en otro distinto, supuesto este que no supone infracción de legalidad". Formulada en estos términos tan generales, esta doctrina admite interpretaciones poco respetuosas con la doctrina del Tribunal Constitucional que considera que no corresponde a los Jueces y Tribunales modificar las tipificaciones realizadas por la Administración. En cualquier caso, como se ha dicho, la Sala no aplica en el caso de autos dicha doctrina, pero a pesar de ello le añade un límite: "la homogeneidad de las conductas imputadas". Todas estas argumentaciones derivaban de que el tribunal de instancia planteó sus dudas –pero no llegó a anular la sanción– acerca de la inclusión de la conducta imputada en el tipo elegido por la Administración o en otro distinto, al que incluso calificó como más correcto.

C) La anulación en vía judicial de una sanción ya ejecutada puede originar la responsabilidad patrimonial de la Administración si se cumplen los requisitos legales pertinentes

Una sanción de retirada del permiso de conducir por un mes, a cuya suspensión no se accedió, es ejecutada y posteriormente anulada en vía judicial. La **SAN de 1 de julio de 2004**, Ar. 535, estima en parte la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por el sancionado. Comienza recordando que "la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales Contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización (...), sino que para ello es necesario que (...) (se haya ocasionado un) daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, nexo causal entre el acto de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia del deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo" (esto es, los requisitos propios de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública). "Requisitos cuya concurrencia, (...), ha de ser examinada con mayor rigor en los supuestos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos, (aunque) (...) sin alterar por ello un ápice el carácter objetivo de dicha responsabilidad en uno y otro supuesto". A pesar de ese rigor, la sentencia concluye que todos esos requisitos concurren en el caso de autos, aunque el montante indemnizatorio diferirá notablemente del demandado por no considerar suficientemente probado el concepto más abultado –quizás desmesuradamente– (850.000 ptas. en gastos de taxi, que se acreditan con una factura por el concepto "importe del servicio pactado entre los días 25 de mayo y 24 de junio de 1998", pero donde no se detallan los trayectos y, por tanto, la conexión con su puesto de trabajo) y admitir sólo los gastos de profesionales generados en actuaciones administrativas.

Lucía Alarcón Sotomayor
Manuel Izquierdo Carrasco
Manuel Rebollo Puig
Antonio M.ª Bueno Armijo

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Procedimiento expropiatorio. A) Vía de hecho consistente en la ocupación material del terreno sin haberse formalizado procedimiento expropiatorio alguno: posibilidad de usucapir la propiedad a la luz del artículo 1959 del CC pese al carácter no pacífico de la ocupación. **3. Determinación del justiprecio.** A) El reconocimiento del derecho a los intereses por demora en el pago del justiprecio fijado en avenencia está condicionado a la existencia de un pacto expreso en tal sentido o a que el reconocimiento del derecho se derive de una interpretación razonable del mutuo acuerdo, de actuaciones precedentes o de actos propios de la Administración que admitan su devengo. **4. Garantías sustanciales.** A) Reversión: cómputo del plazo de diez años de afectación al que se refiere el artículo 54.2.b) de la LEF en la redacción dada por la Ley de Ordenación de la Edificación. B) Reversión: la responsabilidad patrimonial que trae causa en la imposibilidad de revertir los bienes expropiados por existir una "alteración indebida" de los mismos, a la que se refiere el artículo 66.2 del REF, sólo procede cuando previamente se ha ejercido el derecho reversional. C) Retasación: ha de estarse a la realidad valorativa del momento en que se practica. Método valorativo aplicable para valorar un terreno ubicado en suelo urbano que en el momento de ejercerse la retasación se encuentra en un entorno consolidado por la edificación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En línea con lo que viene sucediendo en los últimos meses, el número de sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo en materia expropiatoria ha descendido significativamente respecto de lo que venía siendo habitual. Ello explica, de un lado, la escasez de pronunciamientos del Supremo que esta vez se comentan, todos ellos producidos en el último cuatrimestre de 2004; y, de otro, que se traigan a esta crónica varios pronunciamientos de la Audiencia Nacional de interés en la materia. En todo caso, las sentencias

que se exponen sientan doctrina sobre importantes aspectos del instituto expropiatorio. Así, es de destacar la STS que se comenta en relación a la vía de hecho administrativa, que tiene el valor de unificar la doctrina jurisprudencial en torno a la posibilidad de usucapir bienes inmuebles que hayan sido ocupados ilegítimamente por la Administración, interpretando, en este sentido, el requisito de la posesión "pacífica" que el Código Civil exige para que se produzca la prescripción adquisitiva, incluso en cuanto falta título u buena fe por parte del ocupante. Asimismo es importante la sentencia que se pronuncia sobre los presupuestos que han de darse para el reconocimiento de los intereses por demora en el pago del justiprecio cuando éste se fija por mutuo acuerdo. Finalmente, en cuanto a las garantías sustanciales de la expropiación, destaca la sentencia de la Audiencia Nacional que interpreta el cómputo de diez años de afectación que sirve, a tenor de la nueva redacción del artículo 54.2.b) de la LEF, para declarar extinto el derecho de reversión.

2. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Vía de hecho consistente en la ocupación material del terreno sin haberse formalizado procedimiento expropiatorio alguno: posibilidad de usucapir la propiedad a la luz del artículo 1959 del CC pese al carácter no pacífico de la ocupación

Como es sabido, la adquisición de bienes para el dominio público puede operarse por medios o modos de Derecho Administrativo y también de Derecho Privado, entre ellos la prescripción adquisitiva o usucapión, en los términos que actualmente contempla la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Así, según el artículo 22 de dicha disposición legal, "las Administraciones públicas podrán adquirir bienes por prescripción con arreglo a lo establecido en el Código Civil y en las leyes especiales", recogiendo el artículo 14 de dicha Ley la prescripción y la ocupación de bienes inmuebles como dos de las modalidades adquisitivas de los bienes y derechos que integran los bienes públicos.

Por su parte, el Código Civil regula la prescripción adquisitiva de bienes y derechos en sus artículos 1930 y siguientes, disponiendo en su artículo 1957 que la usucapión del dominio sobre los bienes inmuebles se produce por su posesión durante diez años entre presentes (prescripción decenal) y veinte entre ausentes (prescripción veintenal), siempre que medien los requisitos de buena fe, justo título y posesión pública, pacífica e ininterrumpida en concepto de dueño a los que se refieren los artículos 1940 y 1941 del propio Código. De no darse justo título o buena fe, el artículo 1959 prevé la usucapión extraordinaria de los inmuebles por su posesión durante treinta años (prescripción treintenal). No obstante, incluso en este supuesto, la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, pues son éstos requisitos generales que el Código Civil exige a fin de que la posesión pueda aprovechar para la usucapión de bienes inmuebles en cualquiera de sus modalidades (artículo 1941).

En este contexto legal, la **STS de 30 de septiembre de 2004**, Ar. 6532, se enfrenta a un supuesto de ocupación de unos terrenos para la construcción de una calle que se produjo originariamente (en el año 1955) por la vía de hecho, es decir, careciendo la ocupación y la consiguiente privación de la posesión de la necesaria cobertura jurídica expropiatoria que, en este caso, consistió en la más burda de las carencias posibles: la ausencia plena de procedimiento y, por tanto, de título expropiatorio (o de cualquiera otro que pudiera justificar el negocio traslativo de la posesión o el dominio).

Los causahabientes de los primitivos dueños reclaman la titularidad de los terrenos actualmente destinados a viales públicos y discuten la legitimidad del título adquisitivo que esgrime la Administración, argumentando que la usucapión treintenal supuestamente acaecida no puede considerarse pacífica, dado que la ocupación se produjo en vía de hecho.

Frente a esta argumentación, el Tribunal Supremo comienza por reconocer que cuando la Administración incurre en una vía de hecho no puede admitirse, en efecto, que la posesión sea "pacífica" en el sentido que prescriben los artículos l941 y 1959 del Código Civil. Aunque tampoco cabe descartar que una posesión adquirida de manera no pacífica por la Administración pueda pasar a serlo por el consentimiento o la pasividad posterior del propietario, pues la jurisprudencia civil exige que el carácter no pacífico de la posesión, manifestada por la oposición del *verus dominus*, tenga una continuidad en el tiempo.

En este sentido, sin embargo, la sentencia comentada también afirma que, tratándose de una posesión adquirida de manera no pacífica por la Administración, la existencia de actos del *verus dominus* que restituyan a la posesión su carácter pacífico debe valorarse de modo restrictivo, dada la situación de privilegio que la Administración ostenta en virtud de su condición de poder público, de tal suerte que los actos de aparente aquiescencia a la posesión pueden obedecer fácilmente a mera tolerancia por parte del dueño, la cual, según el artículo 1942 del Código Civil, no confiere eficacia para la usucapión a los actos de posesión que se benefician de ella. Así, el hecho de que no se produzca una reacción inmediata de los propietarios por la vía de los interdictos o de los remedios jurídicos establecidos contra las vías de hecho, y de que no se impugne después la ocupación realizada por la Administración, no permitirá entender de forma automática que la posesión, inicialmente no pacífica, ha pasado a serlo; pues el ejercicio de las prerrogativas de autotutela decisoria y ejecutiva, de la potestad de revisión de oficio y de la de indemnizar los daños y perjuicios causados, que la Administración podría haber ejercido, permiten confiar al particular afectado en que la propia Administración, de haber procedido de manera no adecuada al ordenamiento jurídico, podrá luego ajustar a él las consecuencias de su conducta remediando la agresión sufrida. Cabe por ello imputar a la tolerancia actitudes que si fuera otro el sujeto ocupante de los bienes, podrían ser reveladoras de una pasividad ante la ocupación violenta suficiente como enervar la naturaleza no pacífica de la posesión.

Dicho lo cual, y en atención a los antecedentes y circunstancias del caso, el Tribunal Supremo afirma:

> "En el caso examinado, las circunstancias concurrentes abonan la interpretación de que la ocupación inicial se produjo por la vía de hecho, con privación de la posesión a los propietarios del terreno, de tal suerte que no puede considerarse, según lo razonado, que la posesión así ganada tenga inicialmente la condición de pacífica que exige el artículo 1941 del Código Civil para la usucapión.
>
> En efecto, la ocupación de los terrenos originariamente propiedad de los recurrentes para la construcción de una calle que se hallaba finalizada en 1955 tuvo lugar sin que conste que hubiese mediado el correspondiente expediente expropiatorio (o cualquier negocio traslativo del dominio).
>
> Ahora bien, no constan en las actuaciones actos de los propietarios anteriores a la reclamación que origina este litigio encaminados a interrumpir la posesión de la Administración y aunque no es menester que dichos actos tengan virtualidad para interrumpirla, sí que lo es que reflejen una actitud de los propietarios despojados de consentimiento o pasividad ante el despojo suficiente para convertir en poseedor pacífico al detentador violento. Ello no acontece en modo alguno en el caso que nos ocupa de modo que nos encontramos con una situación de pasividad y consentimiento de los propietarios que desde al menos 1955 y aun antes, no han realizado acto alguno, al menos no está justificado, que permita intuir lo contrario."

Por consiguiente, en el caso examinado se ha operado el instituto de la usucapión a favor de la Administración, tal y como establece la sentencia recurrida, por lo que el Tribunal desestima los motivos de la casación planteada.

3. DETERMINACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO

A) El reconocimiento del derecho a los intereses por demora en el pago del justiprecio fijado en avenencia está condicionado a la existencia de un pacto expreso en tal sentido o a que el reconocimiento del derecho se derive de una interpretación razonable del mutuo acuerdo, de actuaciones precedentes o de actos propios de la Administración que admitan su devengo

La **STS de 28 de septiembre de 2004**, Ar. 5976, resuelve un recurso extraordinario de casación para la unificación de la doctrina interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia por la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo formulado contra una resolución administrativa en la que se fijaba el importe de los intereses de demora derivados del retraso en la fijación de un justiprecio expropiatorio.

El fallo desestimatorio de la sentencia de instancia se fundamentaba en la consideración de que en los supuestos en los que el justiprecio se alcanza en el marco de un convenio expropiatorio –como sucedía en el caso de autos–, y en tanto de las estipulaciones del mismo no resulte otra cosa, el precio acordado de común acuerdo ha de considerarse comprensivo de la totalidad de conceptos, pues en este punto sería de aplicación la previsión contenida en el artículo 26 del Reglamento de la LEF, según el cual el precio fijado en el mutuo acuerdo expropiatorio es una "partida alzada por todos los conceptos" y, por consiguiente, devienen inaplicables las pretensiones relativas a la liquidación de los intereses derivados de la demora que pueda producirse entre la fecha del convenio de adquisición de mutuo acuerdo y la de su pago.

Frente a este fallo, el propietario expropiado interpone el referido recurso extraordinario de casación esgrimiendo, como elemento de contraste del recurso, una serie de sentencias del Tribunal Supremo que contravienen la afirmación del Tribunal *a quo*.

Al resolver este recurso, el Tribunal Supremo señala preliminarmente que la cuestión suscitada ha sido objeto de un trato jurisprudencial controvertido. La razón de ello tiene su origen en la propia literalidad del artículo 56 de la LEF que, al establecer el régimen de los intereses por demora en el pago del justiprecio, no aclara la duda –sino que más bien la incita– de si los intereses de demora en la fijación del justo precio eran aplicables al supuesto en que éste se hubiese alcanzado por mutuo acuerdo.

En este sentido, una línea jurisprudencial minoritaria, representada por la STS de 26 de octubre de 1979, respondió afirmativamente la cuestión de la exigibilidad de los intereses de demora en estos casos, sin que esta postura tuviera continuidad. Por el contrario, más tarde se impuso con claridad la tesis que negó este tipo de intereses al justiprecio fijado de mutuo acuerdo. La línea jurisprudencial que sigue esa posición se ampara en que las partes, al acordar los términos del convenio o mutuo acuerdo, han debido tener en cuenta todas las circunstancias que dan lugar al demérito patrimonial que supone para el expropiado la privación de sus bienes, que el antes citado artículo 26 del REF entiende como partida alzada por todos los conceptos. Tal interpretación está acreditada, además, por el artículo 71 del propio REF, del que se infiere que la consecuencia resarcitoria contemplada en el artículo 56 de la LEF se refiere exclusivamente a los supuestos de fijación contradictoria del justo precio por el Jurado Provincial de Expropiación.

Sin embargo, esta postura jurisprudencial se ve matizada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (de la que son testimonio las sentencias esgrimidas como contraste para la resolución del recurso de casación para la unificación de la doctrina que se resuelve en esta sentencia), que la excepciona en aquellos supuestos en los que las partes hubieran estipulado expresamente lo contrario en el propio convenio expropiatorio, o así resultase de una interpretación razonable de los términos del mismo. En esa misma línea se admite el pago de los intereses derivados del retraso entre el mutuo acuerdo y el pago cuando la voluntad de las partes en ese sentido se deduce con claridad de actuaciones precedentes o actos propios de la Administración que admiten su devengo.

Esta jurisprudencia de contraste pugna claramente con la doctrina establecida en la sentencia de instancia, en la que se decía que si la pretensión del reconocimiento de abono de intereses por demora en la fijación del justiprecio no se ha hecho de modo explícito y recogido en el acta del convenio no deben abonarse aquéllos. No obstante, en el caso debatido, el reconocimiento del derecho derivaba de la existencia de actos propios de la Administración, producidos en el marco de las actuaciones previas a la firma del convenio expropiatorio, en los que se reconocía el devengo de los intereses en el caso de demorarse el pago del justiprecio. En atención a este dato y a la jurisprudencia antes expresada, el Tribunal Supremo casa el fallo del Tribunal *a quo* y dicta nueva sentencia en la que, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto, anula la decisión administrativa recurrida y declara el derecho del recurrente al abono de la cantidad solicitada en concepto de intereses de demora en la fijación del justiprecio.

4. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) Reversión: cómputo del plazo de diez años de afectación al que se refiere el artículo 54.2.b) de la LEF en la redacción dada por la Ley de Ordenación de la Edificación

Como es sabido, la Disposición Adicional Quinta de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, dio una nueva redacción a los preceptos de la LEF relativos al reconocimiento y ejercicio del derecho de reversión. En relación a los requisitos para la procedencia del derecho, el actual artículo 54.1 de la LEF dispone que en el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados, o desapareciese la afectación, el primitivo dueño o sus causahabientes podrán recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado mediante el abono a quien fuera su titular de la indemnización que se determina en el artículo 55 de la LEF.

Se reconoce así, en línea con lo que antes podía deducirse de los artículos 63, 67 y concordantes del Reglamento de la LEF, que existen tres supuestos diferenciados en los que procedería, *prima facie*, el reconocimiento del derecho reversional: 1º) Cuando no se ejecuta la obra o no se establece el servicio que motiva la expropiación; 2º) Cuando realizada la obra o establecido el servicio, queda alguna parte sobrante de los bienes expropiados, y 3º) Cuando desaparezca la afectación de los bienes o derechos a las obras o servicios que motivaron la expropiación.

No obstante, el apartado 2º del artículo 54, en la redacción dada por la antes mencionada Ley de Ordenación de la Edificación (que sigue de cerca la regulación tradicional de la reversión en materia urbanística, más restrictiva que la que contenía el anterior artículo 54 de la LEF), excepciona el derecho reversional en dos casos: en primer lugar, cuando, simultáneamente a la desafectación del fin que originariamente justificó la expropiación, la Administración acuerde justificadamente una nueva afectación a otro fin de utilidad pública o interés social [para lo que el apartado a) del artículo 52.2 de la LEF exige que la Administración proceda a dar publicidad a la sustitución, pudiendo el primitivo due-

ño o sus causahabientes alegar cuanto estimen oportuno en defensa de su derecho a la reversión si consideran que no concurren los requisitos exigidos por la ley, así como solicitar la actualización del justiprecio si no se hubiera ejecutado la obra o establecido el servicio inicialmente previstos]; en segundo lugar, tampoco procederá la reversión "cuando la afectación al fin que justificó la expropiación o a otro declarado de utilidad pública o interés social se prolongue durante diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio" [artículo 54.2.b)].

Si se tiene en cuenta que la Ley de Ordenación de la Edificación entró en vigor el 7 de noviembre de 1999, y a ello se suma que –según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo– el Derecho aplicable al ejercicio de la pretensión reversional es el que esté vigente en el momento de solicitarse ésta (por ser la reversión una acción independiente de la expropiación en la que trae causa), puede comprenderse que la interpretación de estas nuevas exclusiones del derecho reversional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo son aún escasas, dada la proverbial dilación de la vía casacional de recurso y la de los procesos de instancia (que, según ha señalado el Consejo General del Poder Judicial se sitúa, en 2004, en una media de 53 meses entre las dos instancias). Por ello, merece destacarse la **SAN de 1 de julio de 2004**, en la que se interpreta una de las causas legales de exclusión del derecho de reversión más polémicas: la de la improcedencia del mismo cuando la afectación al fin que justificó la expropiación o a otro declarado de utilidad pública o interés social se prolongue durante diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio [artículo 54.2.b) de la LEF en la redacción dada por la Ley de Ordenación de la Edificación].

Los antecedentes del caso se refieren a la expropiación acordada por el Ministro del Aire, en 1956, sobre dos fincas que iban a destinarse a la ampliación del Aeropuerto de San Pablo en Sevilla, sobre las que el Ministerio de Defensa acuerda expresamente, el 20 de enero del año 2000, su desafectación al fin público que justificó su expropiación y su consiguiente alienabilidad. Instada por los causahabientes de los primitivos dueños la reversión de estos terrenos, el Ministro de Defensa la deniega al amparo del nuevo artículo 54.2.b) de la LEF.

La sustanciación del recurso contencioso-administrativo que resuelve la Audiencia Nacional se asienta sobre la interpretación que deba hacerse de la forma de computar los diez años de afectación a la que se refiere la letra b) del mencionado artículo 54.2 de la LEF. Concretamente, la duda hermenéutica surge en torno a si tal afectación debe ser ininterrumpida en el tiempo, de un lado, y si el cómputo de dicho plazo comienza en el momento en que se produce la expropiación o, por el contrario, desde que finaliza la obra o se establece el servicio que, en cada caso, justifica la expropiación. Pues bien, la interpretación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ciertamente discutible, es la siguiente:

> "teniendo en cuenta los márgenes fácticos en los que queda planteada la *litis* (…) en relación con el tenor del artículo 54.2.b) de la Ley de Expropiación Forzosa, la Sala es del criterio de desestimar el recurso jurisdiccional deducido, habida cuenta de que, como se ha acreditado en fase probatoria, las fincas expropiadas, lo fueron para un fin concreto,

> para la ampliación del Aeropuerto de San Pablo, Sevilla, cuyo proyecto fue elaborado por la Región Aérea del Estrecho en el año 1949, con lo que decae por entero la afirmación de los actores de que el plazo de los 10 años ha de contarse desde la finalización de la obra, que fue en 1992, Exposición Universal de Sevilla, a la fecha de solicitud de la reversión, en abril del año 2000, sin que por ello hubiere transcurrido (…) igualmente en nada se varía por el hecho de que las fincas (…) fueran objeto de cesión demanial en el año 1996 para aprovechamiento agrícola, habida cuenta del artículo que se analiza, 54.2.b) exige en puridad una afectación durante 10 años desde la expropiación, que recordemos fue en el año 1956, a lo que se une la inacción o tolerancia que en relación con los pretendidos terrenos sobrantes han hecho gala los interesados, como pone de relieve la Administración respecto de otros propietarios de fincas colindantes, a los que sí se le concedió (la reversión)".

Nada dice la sentencia, por lo demás, sobre la naturaleza del referido plazo de diez años desde el punto de vista de la prescripción o la caducidad, lo cual hubiera sido –a nuestro juicio– muy conveniente para conocer el juego de las posibles interrupciones que pudieran afectar a su cómputo.

B) Reversión: la responsabilidad patrimonial que trae causa en la imposibilidad de revertir los bienes expropiados por existir una "alteración indebida" de los mismos, a la que se refiere el artículo 66.2 del REF, sólo procede cuando previamente se ha ejercido el derecho reversional

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.2 del Reglamento de la LEF, en los casos en que como consecuencia de una alteración indebida no fuere legalmente posible la reversión ha de estarse a lo previsto en el artículo 121 de la LEF, que contempla –como es sabido– el derecho a indemnización de toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que se refiere la LEF, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. De este modo, el mencionado artículo 66.2 del REF ampara por la vía indemnizatoria los supuestos de imposibilidad de reintegro *in natura* del bien expropiado remitiéndose al procedimiento para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración si la imposibilidad de dicha restitución obedece a una alteración indebida del bien.

Según constante jurisprudencia la pretensión resarcitoria sólo es procedente, en estos casos, cuando es imposible la reversión *in natura* en sobreentendido de que se dan los presupuestos para la reversión, ya que dicha indemnización descansa sobe el previo reconocimiento del derecho reversional; con lo cual quiere decirse que este derecho ha de ser solicitado y quedar expresamente reconocido para poder exigir la referida indemnización.

En este orden de consideraciones, la **SAN de 30 de junio de 2004**, afirma rotundamente que "no se puede pedir la indemnización sustitutoria sin pedir la reversión, pues entonces se estaría sustrayendo de la actuación administrativa la comprobación de las premisas de la misma". Y, aplicando esta doctrina al caso, resuelve:

> "cualquier hipotético pronunciamiento acerca de la indemnización pretendida sólo puede hacerse en el marco de un procedimiento de reversión cuya resolución en primera instancia administrativa corresponde al Delegado del Gobierno (en este caso el de Asturias) y la resolución de éste (ya sea expresa o presunta) deberá ser recurrida en alzada para poder acudir en su caso a la vía contencioso-administrativa. En el caso de autos es evidente que la que se pretende como desestimación presunta del Ministro de una reclamación de responsabilidad patrimonial, sólo puede entenderse en este contexto y no va precedida de alzada, pues la pretensión de responsabilidad patrimonial vía artículo 66.2 del REF que efectúa el recurrente da un salto imposible procedimentalmente al pretenderse prescindiendo de efectuar una solicitud de reversión".

C) Retasación: ha de estarse a la realidad valorativa del momento en que se practica. Método valorativo aplicable para valorar un terreno ubicado en suelo urbano que en el momento de ejercerse la retasación se encuentra en un entorno consolidado por la edificación

La retasación tiene su razón de ser en la caducidad de los justiprecios expropiatorios que los priva de eficacia por el simple transcurso de los plazos legales sin haberse hecho efectivo al expropiado su importe o consignado el mismo, de forma que lo que surge es la necesidad de una nueva valoración de los bienes referidos a la fecha en que se ha pretendido la retasación acompañando la nueva hoja de aprecio.

En este sentido, la jurisprudencia ha mantenido que para efectuar la retasación ha de estarse a la realidad valorativa en la fecha que se lleve a cabo la misma, debiendo examinarse todos los factores que concurren en ese momento, habiéndose de contemplar las variaciones cualitativas que influyeron en su día en la fijación de aquel justiprecio, tales como la situación topográfica, destino agrícola o urbanístico y posibilidades de edificación que tengan en la fecha de los terrenos expropiados, según la normativa urbanística vigente en este momento.

En este contexto, **la STS de 4 de mayo de 2004,** Ar. 5440, se resuelve en casación el recurso interpuesto por un expropiado en relación a la retasación de sus terrenos. En relación a este extremo, el Tribunal constata que, en el caso de autos, el método residual utilizado por el Jurado para hallar el valor de repercusión del suelo parte del precio de viviendas de protección oficial; mientras para el recurrente era preferible el método residual clásico, ya que se trataba de valorar un suelo urbano en un entorno consolidado por la edificación, en el que lógicamente el valor real o de mercado es fácil de obtener al existir muestras o promociones próximas que lo permitan. Acogiendo la tesis del recurrente, el Tribunal afirma:

> "Desde luego, aunque es cierto que la doctrina legal impone justipreciar el suelo en las expropiaciones urbanísticas, según su valor urbanístico, sin embargo, no es exacto que para determinar dicho valor no quepa utilizar en el método del denominado valor residual precios de mercado cuando estén suficientemente acreditados, sino que, antes bien, son éstos y no los módulos establecidos para las viviendas de protección oficial los que han de emplearse para hallar el valor urbanístico del suelo urbano que se encuentra en un

área totalmente consolidada por la edificación, de manera que, a diferencia de los terrenos clasificados como suelo urbanizable en los que resulta más difícil o imposible acudir a otros valores objetivos que no sean los establecidos para las viviendas de protección oficial, cuando se trate de expropiaciones en suelo urbano de terrenos edificados, es procedente acudir a los precios reales de mercado siempre que éstos hayan sido debidamente comprobados, para con tales datos o elementos de cálculo determinar el valor urbanístico."

Juan Antonio Carrillo Donaire
Emilio Guichot Reina
Francisco López Menudo

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Delimitación entre expropiación y responsabilidad. 3. Imputabilidad. A) Confiscaciones realizadas por un Estado extranjero de bienes propiedad de ciudadanos españoles. B) Accidente de un menor con material pirotécnico utilizado en un festejo municipal. C) Naturaleza jurídica de los Consorcios a efectos de su responsabilidad patrimonial. **4. Objetividad del sistema y nexo de causalidad. Exigencia de una desviación respecto de la *lex artis* para declarar la responsabilidad por daños derivados de actuaciones quirúrgicas. 5. Antijuridicidad del daño.** A) Teoría del margen de tolerancia. B) Contagio transfusional del virus del SIDA y de la hepatitis C y cláusula de estado de los conocimientos. C) Alcance de la obligación de recabar el consentimiento informado previo a las actuaciones médicas. **6. Daño indemnizable. Compatibilidad entre las pensiones extraordinarias reconocidas a militares accidentados en acto de servicio y la indemnización por daños. 7. Acción y procedimiento. Efectos de la omisión del dictamen del Consejo de Estado. 8. Responsabilidad por infracción del Derecho comunitario. Contradicción entre la Directiva 1993/16 y el Real Decreto 2072/1995. 9. Responsabilidad del legislador.** A) Daños derivados de la aplicación de la Disposición Final Cuarta de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos. B) Daños derivados de la aplicación de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos. C) Daños derivados de la aplicación del artículo 61.2 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Como de costumbre, son múltiples las cuestiones suscitadas por la abundante jurisprudencia en materia de responsabilidad dictada en el período considerado, entre las que podemos destacar la resolución denegatoria de las demandas de responsabilidad dirigidas contra el Estado español por las "expropiaciones" de bienes de ciudadanos españoles que siguieron al triunfo de la revolución cubana; la exigencia, cada vez más

expresa y rotunda, de una desviación de la *lex artis ad hoc* para declarar la responsabilidad administrativa por actos médicos, saliendo al paso de una interpretación "literal" de la objetividad del sistema; o los nuevos supuestos de responsabilidad por la aplicación de leyes inconstitucionales de los que nos hacemos eco.

2. DELIMITACIÓN ENTRE EXPROPIACIÓN Y RESPONSABILIDAD

El resarcimiento de los detrimentos patrimoniales originados por la privación u obstaculización del acceso a una finca o a parte de la misma con ocasión de la construcción de carreteras tras una previa expropiación de fincas debe producirse en sede expropiatoria, al fijar el justiprecio, cuando derivan del propio proyecto de obras que sirve de base a la expropiación, y no de una incorrecta ejecución del mismo. No es adecuado, pues, utilizar *a posteriori* el mecanismo de la acción de responsabilidad, como recuerda la **STS de 16 de septiembre de 2004**, Ar. 5675.

3. IMPUTABILIDAD

A) Confiscaciones realizadas por un Estado extranjero de bienes propiedad de ciudadanos españoles

Las **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, abordan reclamaciones semejantes. Los hechos de que traen causa son 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. Tras decenios de negociaciones, España y Cuba firmaron un Tratado (objeto en España de ratificación parlamentaria), por el que se fijaba una indemnización global respecto de los posibles detrimentos económicos sufridos en sus bienes por ciudadanos españoles, a repartir después por el Estado español bajo su responsabilidad. Las cantidades que de este modo se abonarán a los perjudicados eran, pues, complementarias de las indemnizaciones otorgadas en su momento por Cuba. En el Tratado, el Estado español renunciaba a ulteriores acciones internacionales de reclamación patrimonial. Posteriormente, una Comisión Interministerial fijó las indemnizaciones procedentes para cada afectado, y les anticipó las cantidades que Cuba aún no había abonado en su integridad. Al final de este proceso, algunos afectados reclamaron indemnización al Consejo de Ministros culpando al Estado español de no haber negociado dicho Tratado con la debida diligencia, habiendo transigido en unos términos económicos insuficientes para garantizar la reparación integral.

El Tribunal Supremo tiene en cuenta que la expropiación fue realizada por un Estado extranjero. En realidad, puntualiza, mal puede hablarse de "expropiación" en los términos jurídico-públicos españoles, pues no se otorgó un "justiprecio", sino una valoración realizada unilateralmente por el poder público revolucionario que se traducía en el derecho a percibir una "pensión anual", calculada según la capacidad económica del

perceptor. Al respecto, ha de tomarse en consideración que la protección diplomática que llevan a cabo los servicios exteriores de los Estados a favor de sus nacionales no implica la existencia de un derecho de los mismos a ser protegidos conforme al Derecho interno de ese Estado, esto es, aplicado al caso concreto, no podía ir más allá de pretender una igualdad de trato con los nacionales cubanos, siendo así que las Leyes de reforma agraria no distinguieron en razón de la nacionalidad. Tras un largo proceso negociador se consiguió obtener una compensación adicional, superior a la obtenida por los demás Estados extranjeros con nacionales afectados, posibilitando el cobro de unas cantidades que de otra manera los afectados jamás hubieran obtenido. Además, los hipotéticos derechos de los afectados a reclamar contra el Estado cubano ante los tribunales de dicha nacionalidad no quedan en modo alguno afectados.

> "Así pues, cuando un Estado pone en marcha su aparato diplomático para ver de paliar, en la medida de lo posible, las consecuencias que acarrea a sus nacionales una revolución –como es la cubana de 1959– que trata de implantar, y lo consigue, una nueva estructura político-social no cabe hablar de responsabilidad ni expropiatoria ni extracontractual a cargo del Estado protector, derivada de uno de esos convenios que se pactan con aquella finalidad."

El acierto de la fundamentación y de la decisión misma nos parece innegable.

B) Accidente de un menor con material pirotécnico utilizado en un festejo municipal

En la **STS de 12 de julio de 2004**, Ar. 4236, un menor resulta accidentado al manipular los restos de material pirotécnico utilizados en una fiesta local. La sentencia de instancia da la razón al Ayuntamiento, que entiende que la responsabilidad no es de sus servicios de limpieza sino de la empresa pirotécnica contratada. El lesionado recurre en casación para la unificación de doctrina, esgrimiendo como sentencia de contraste la STS de 17 de noviembre de 1998, Ar. 9149. El Tribunal Supremo estima que, en efecto, existe identidad entre ambas y casa la sentencia de instancia, al entender que:

> "(...) se integra en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos, a efectos de la determinación de si existe responsabilidad patrimonial de la Administración titular por los daños causados por su celebración, el supuesto de fiestas populares organizadas por los Ayuntamientos o patrocinadas por éstos, aun cuando la gestión de las mismas se haya realizado por comisiones o incluso por entidades con personalidad jurídica independiente incardinadas en la organización municipal".

C) Naturaleza jurídica de los Consorcios a efectos de su responsabilidad patrimonial

Los daños derivados de la realización de una obra pública por el Consorcio de la Zona Franca de Vigo, dan origen a la **STS de 28 de junio de 2004**, Ar. 5597, que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se discute la naturaleza administrativa o no de dicho Consorcio, negada en la sentencia de instancia. La recu-

rrente propone como sentencia de contraste la STS de 2 de febrero de 1993, Ar. 580. El Tribunal Supremo reconoce que el problema de la naturaleza de los consorcios, en general, y la de los consorcios de zonas francas, en particular, resulta controvertida, habida cuenta de la heterogeneidad de los supuestos encuadrados bajo esta fórmula jurídica. No obstante, considera que:

> "(...) hoy se tiene ya claro que hay organizaciones públicas instrumentales que realizan actividades privadas y que, además, y a ciertos efectos ejercitan potestades públicas, teniendo a estos efectos –y sólo en estos casos– el tratamiento de Administraciones públicas".

Esto es lo que ocurre, entiende, con el Consorcio de la Zona Franca de Vigo cuando realiza una obra pública.

4. OBJETIVIDAD DEL SISTEMA Y NEXO DE CAUSALIDAD. EXIGENCIA DE UNA DESVIACIÓN RESPECTO DE LA *LEX ARTIS* PARA DECLARAR LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADOS DE ACTUACIONES QUIRÚRGICAS

Desde el primer número de estas crónicas hemos venido poniendo de relieve lo falaz de la imagen contrapuesta de la presunta "generosidad" del sistema de responsabilidad administrativa objetiva frente a una supuesta mayor "racanería" del sistema de responsabilidad civil culpabilista. Hemos mostrado, a través de la exposición y comentario de múltiples pronunciamientos, cómo la noción de la "antijuridicidad del daño" y su contrapunto, la obligación de soportar los daños que no reúnan esta característica, supone, *de facto*, la introducción, como regla general, de la noción de culpa o diligencia como base de la decisión sobre la procedencia o no de indemnización. La antijuridicidad del daño se identifica con su ilegalidad, cuando existe un parámetro normativo de referencia, y, cuando no existe tal parámetro, con la diligencia y buena administración, o, en el caso de los daños médicos, con el seguimiento de los protocolos, esto es, el cumplimiento de la *lex artis ad hoc*. El conjunto de la jurisprudencia es testimonio de esta idea que, en tanto se mantenga legalmente la referencia al "funcionamiento normal o anormal", llama a un entendimiento comedido y "corrector" de la noción de objetividad, a riesgo de convertir a la Administración en una aseguradora universal frente a cualquier daño sufrido por un ciudadano, incluso si lo es en el cumplimiento estricto de la legalidad o a pesar de que la Administración haya actuado con la mayor de las diligencias. No obstante, y por tratarse de una cuestión nuclear (*la* cuestión, podríamos decir) no está de más traer también a este número dos muestras más de lo que decimos, referidas en ambos casos a daños hospitalarios, y suscritas por el mismo ponente, el Magistrado González Navarro.

– La **STS de 17 de mayo de 2004**, Ar. 3714, en un caso de daños conectados con una intervención quirúrgica, alude a las "modulaciones" que a la responsabilidad objetiva consagrada por la Ley ha hecho la jurisprudencia, entre ellas la de la adecuación a la *lex artis*, casando el pronunciamiento de instancia, ya que:

> "(...) al enjuiciar el caso como lo ha hecho, la Sala de instancia no sólo es que no se ha ajustado a esos parámetros básicos, es que ha llevado más allá de lo razonablemente permisible la interpretación del sintagma "responsabilidad objetiva", pues da la impresión de que considera que el nexo causal queda establecido, sin más, por el hecho de haber habido un daño y haber tenido lugar éste con ocasión de un acto sanitario efectuado en un centro público de la salud. Con lo que parece haber olvidado que pertenece a la naturaleza de las cosas el que el buen fin (de los actos terapéuticos) no siempre puede quedar asegurado".

Por ello, dedica su razonamiento a "comprobar si se cumplió el protocolo médico previsto para el tipo de intervención quirúrgica sufrido por el paciente", para concluir que "la actuación sanitaria llevada a cabo en el caso que nos ocupa se ajustó a la *lex artis* y que de la prueba practicada resulta también que no hubo fallo mecánico".

A este razonamiento añade una precisión sobre el propio concepto de *lex artis* que, por su generalidad, conviene reproducir:

> "Una última precisión debemos hacer sobre ese sintagma: *lex artis*, que hemos utilizado ya aquí, y que, cada vez con más frecuencia aparece en la jurisprudencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo.
>
> Aunque el error médico y el correcto empleo de las técnicas de diagnóstico, valoración y tratamiento se circunscriben a la actuación del servicio sanitario y, por consiguiente, resultarían, en principio, irrelevantes para declarar la responsabilidad objetiva, mientras que han de ser inexcusablemente valoradas para derivar una responsabilidad culposa, sin embargo, también pueden tener trascendencia, en orden a una conclusión sobre el nexo de causalidad, que algunos consideran requisito clave de la responsabilidad objetiva o por el resultado. Esta apreciación de si hubo un uso correcto de la técnica, con vistas a tener o no por establecido la existencia del nexo causal, sin entrar en si tal uso fue o no negligente, es muy delicada, pues la medicina, no suele presentar un único método, por más que la protocolización de los actos médicos permita llegar a unas pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento terapéutico, aun existiendo otros que, pese a no ser de uso generalizado, pueden ser igualmente utilizados.
>
> Y, como es sabido, no sólo en el ámbito de la medicina, sino en otros muchos campos del saber humano, es precisamente el saber discrepante el que abre nuevos caminos a la ciencia y a su aplicación.
>
> En la sentencia de 14 de julio de 2001 (recurso de casación 2280/1997) se rechaza la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria porque, de acuerdo con los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, las lesiones no tenían su origen en la forma en que se prestó la asistencia sanitaria, la cual fue correcta y conforme a las reglas de la *lex artis*, sino inherentes o derivadas de la propia patología del enfermo. Con idéntica orientación en las sentencias de 3 y 10 de octubre de 2000 y 7 de junio de 2001 (recurso de casación 538/1997) se considera que concurren relación de causalidad por la inadecuada actuación médica con incumplimiento de las pautas de la *lex*

artis, de modo que los defectos en el uso de la técnica son considerados determinantes de la responsabilidad.

Por último, nos parece necesario recordar también –conectando con lo que más arriba hemos dicho sobre los riesgos de una exacerbación de esa naturaleza objetiva de la responsabilidad que nos ocupa– que el hecho de que en el ordenamiento jurídico español la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como objetiva apunta al dato de que no es necesario la concurrencia de dolo o culpa en el agente, y no permite extraer la consecuencia de que deba declararse su existencia, sin más, por el mero hecho de que el resultado lesivo se haya producido con ocasión de la actuación de un centro sanitario público. No sería razonable –antes al contrario: sería manifiestamente absurdo– entender que esa objetivación determina que, por ejemplo, la Administración deba responder siempre que en una clínica gestionada por ella y de ella dependiente fallece un enfermo.

Y como en el caso que nos ocupa, no puede decirse que el daño sea imputable a un funcionamiento normal o anormal del servicio público, y tampoco cabe sostener su antijuridicidad, este Tribunal tiene que desestimar la demanda y así lo declaramos."

– La **STS de 19 de julio de 2004**, Ar. 6005, enjuicia también un caso de daños derivados de operaciones quirúrgicas. Se trataba, en concreto, del contagio de un virus de quirófano y sus consecuencias. Afirma:

"Lo que dice la parte recurrente –después de transcribir el FJ 5º– es, literalmente, que 'la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía no aplica el artículo 106.2 de la Constitución, que establece la responsabilidad objetiva de la Administración sin fisuras ni condiciones, y en base a dicha norma, a criterio de esta parte no se pueden poner cortapisas a la responsabilidad de la Administración, que no necesita ser dolosa ni culposa, sino que se genera directamente desde el mismo momento en que se le produce un perjuicio a un administrado. De manera que aun en el hipotético caso (ya que de la historia clínica se desprende lo contrario) de que la actuación terapéutica llevada [a cabo] por la Administración lo fuera con la exigible diligencia y pericia, aun en este caso no quedaría exonerado de responsabilidad la Administración de resarcir a sus administrados por los perjuicios ocasionados'.

Esta interpretación es rechazable, entre otras razones porque, basta con detenerse un momento a reflexionar para ver que, llevada a sus últimas consecuencias, se traduce en algo que repugna al sentido común: que el que se somete a tratamiento, del tipo que fuere, en un establecimiento público sanitario tendría ya asegurado, por lo menos, una indemnización en el caso de que el resultado no fuera el deseado.

Esto ni lo ha dicho ni lo puede decir ningún Tribunal de justicia y no sólo porque es contra lo razonable, sino porque es contrario a la naturaleza de las cosas. Y por eso, lo que viene diciendo la jurisprudencia –y de forma reiterada– es que la actividad sanitaria, tanto

> pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama la *lex artis*. (Cfr. En este sentido y, entre otras muchas, la sentencia de esta misma Sala y sección de 14 de octubre de 2002.)"

Considera que la argumentación del recurrente, según la cual "la norma aplicable nos lleva a la idea de la responsabilidad objetiva de la Administración, en cualquier caso imaginable y en todos los supuestos", constituye una "desmesura interpretativa que, insistimos, no acepta este Tribunal Supremo". Considera, pues, que ha de asumirse por quien se somete a una intervención quirúrgica el riesgo de contraer este tipo de infecciones, teniendo en cuenta que los estudios estadísticos muestran que entre un 5 por 100 y un 10 por 100 de los pacientes ingresados desarrollan esta complicación, cifra similar en todas las Comunidades Autónomas y los países de nuestro entorno, lo que hace del problema de las infecciones hospitalarias que sea uno de los que ocupan el primer plano de los directores y gestores de la Sanidad en todo el mundo, no sólo en España.

No obstante, y probablemente movido por esa necesidad de argumentar desde un sistema de responsabilidad "objetiva", concluye, en todo caso, que no se ha acreditado la relación de causalidad, ni por funcionamiento normal ni anormal.

5. ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO

A) Teoría del margen de tolerancia

Como hemos señalado en el apartado anterior, el sistema de responsabilidad no se comporta, en realidad, como un régimen de responsabilidad objetiva pura, en el sentido de desvinculado de la normalidad o anormalidad del funcionamiento de los servicios públicos. Pero es más, aún es cuestionable que pueda hablarse de una responsabilidad objetiva u objetivizada, en el sentido que se emplea en el resto de los Derechos occidentales, esto es, que atienda al dato "objetivo" de la legalidad o ilegalidad de la actuación administrativa, prescindiendo del dato "subjetivo" de la excusabilidad o no del error jurídico.

En efecto, como hemos comprobado en anteriores Crónicas, el Tribunal Supremo acoge, no sin frecuencia, la "teoría del margen de tolerancia", conforme a la cual, cuando la Administración adopta una decisión "compleja", en un contexto normativo o fáctico que se presta, en principio, a interpretaciones diversas sobre la legalidad o no de su actuación, el dato de que la decisión administrativa sea posteriormente anulada en vía judicial no implica necesariamente la responsabilidad patrimonial administrativa, y ello pese a que la actuación, nótese, haya causado un perjuicio cierto a un ciudadano. Lo cual, como puede notarse, resulta ciertamente llamativo y paradójico (y censurable, añadimos nosotros) en un sistema proclamado como "objetivo puro".

Ejemplos de la aplicación de esta doctrina en el período considerado son las **SSTS de 25 de mayo de 2004**, Ar. 5592, y **de 16 de julio de 2004**, Ar. 6038.

– En la **STS de 25 de mayo de 2004**, se enjuicia la responsabilidad derivada de resoluciones en materia urbanística que impiden durante años patrimonializar el aprovechamiento urbanístico reconocido a una determinada parcela, resoluciones cuya ilegalidad fue posteriormente declarada judicialmente. Se aplica la teoría del margen de tolerancia y se considera que las decisiones (obsérvese, ilegales) se mantuvieron en el margen de lo razonable y razonado, y se deniega la indemnización.

– En la **STS de 16 de julio de 2004**, el recurrente es un médico al que la Administración denegó la concesión de título de especialista en Medicina Familiar y Comunitaria. Frente a dicha decisión, interpuso recurso de reposición, que fue desestimado. Pasado el plazo para recurrir en vía judicial, el acto quedó firme. Años más tarde, el propio Tribunal Supremo dio la razón a otro demandante en un caso similar, lo que motivó que el recurrente interpusiera en plazo recurso extraordinario de revisión, basándose en dicha Sentencia, y finalmente obtuviera el reconocimiento pretendido. Además, solicitó indemnización, que le fue denegada, en vía administrativa y en la instancia. El Tribunal Supremo considera que el daño es en parte imputable a la víctima, por no haber recurrido judicialmente en su momento frente a la desestimación del recurso de reposición y que:

> "(…) la mera anulación de una resolución administrativa no supone que la Administración que la dictó incurriera en responsabilidad patrimonial, y, esto es lo que sucedió en esta ocasión, puesto que la Administración mantuvo y con fundadas razones que el recurrente no reunía las condiciones precisas para obtener lo que pretendía. Que con posterioridad modificase su postura a la vista de una posición de los Tribunales [*sic*] que estaba obligada a acatar como hizo, no cambia la situación ni produce la responsabilidad que se reclama".

Obsérvese que se califica como "una posición de los Tribunales" nada más y nada menos que a la determinación del alcance de una norma por el propio Tribunal Supremo.

En ambos casos la doctrina general aplicada, como expresa la primera de las sentencias citadas, es la siguiente:

> "(...) en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que pueden existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en arbitrariedad al estar ésta rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución, pues en estos supuestos parece que no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables, deberá entenderse que no podría hablarse de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que le otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que éste llevase a cabo en los términos antedichos; estaríamos, pues, ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo".

B) Contagio transfusional del virus del SIDA y de la hepatitis C y cláusula de estado de los conocimientos

Destaca en el período considerado la abundancia de pronunciamientos que resuelven demandas por daños consistentes en secuelas derivadas del contagio durante la práctica hospitalaria del virus del SIDA y/o la hepatitis C. Así, pueden citarse las **SSTS de 8 de marzo**, Ar. 4045; **de 15 de abril**, Ar. 3566; **de 15 de abril**, Ar. 4048; **de 23 de abril**, Ar. 3913; **de 7 de mayo**, Ar. 3571; **de 11 de mayo**, Ar. 4053; **de 31 de mayo**, Ar. 3895; **de 7 de junio**, Ar. 5848; **de 9 de julio**, Ar. 5601; **de 16 de julio**, Ar. 5538; todas ellas **de 2004**. En estos casos la relación de causalidad y la existencia de un daño cierto resultan, a menudo, incuestionables (si bien en muchos casos, en realidad, la causalidad más bien se presume de la práctica de transfusiones y la inexistencia de otros factores de riesgo en el afectado). Son dos, pues, las cuestiones fundamentales que determinan la procedencia o no de indemnización: la consideración de si el daño es o no antijurídico y la interposición de la acción en plazo. A ello se le suma la en estos casos siempre difícil cuantificación del daño. Vamos a abordar estos tres aspectos en este apartado, primando en este caso excepcionalmente la utilidad de una perspectiva conjunta de la problemática jurídica suscitada por estos particulares supuestos sobre la exposición compartimentada que es la regla general en estas Crónicas.

– Descartada la óptica de la concurrencia o no de fuerza mayor para enjuiciar estos supuestos, la *antijuridicidad del daño* se afirma siempre que el contagio tuviera lugar con posterioridad a la existencia, a nivel mundial y con reconocimiento en la comunidad científica, de pruebas que permitían detectar la presencia del virus en la sangre objeto de transfusión. En caso contrario, el afectado tiene el deber de soportar el daño. La prueba del estado de los conocimientos, salvo que se trate de un hecho notorio, corresponde a la Administración, aplicándose aquí la misma regla sobre la carga de la prueba contenida en el artículo 7.e) de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio. El estado de los conocimientos científicos y técnicos se refiere al nivel más avanzado de las investigaciones y comprende todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información. A este respecto, la fecha en que la práctica de dichas pruebas de detección se impusiera normativamente resulta indiferente. Cabe recordar que el Tribunal Supremo, tras no pocas respuestas contradictorias, ha venido a fijar en 1985, para el SIDA, y 1989, para la hepatitis C, dicho momento. Se aplica, así, la regla consagrada en la actualidad en el artículo 141.1 LRJAP-PAC. Las SSTS de 15 de abril de 2004, o de 11 de mayo de 2004, resumen bien esta doctrina para el caso del SIDA, y la STS de 23 de abril de 2004, y de 16 de julio de 2004, hacen lo propio respecto del virus de la hepatitis C.

– El *plazo* para presentar reclamación indemnizatoria comienza a computar desde el momento en que queda fijado de forma definitiva el alcance de las secuelas, lo que, por desgracia, en estos casos supone, en la práctica y como regla general, que la demanda puede presentarse en cualquier momento de la vida del afectado, ya que se trata de enfermedades crónicas y progresivas. El Tribunal considera, pues, estos casos dentro de la categoría del "daño continuado". Ejemplo de esta consideración lo encontramos en la STS de 23 de abril de 2004, que, además, aclara que la falta de contestación por parte de

la Administración a la reclamación en vía administrativa, que determina su denegación por silencio, no impide a ésta alegar, en vía judicial, la prescripción de la acción.

– Junto a ello, estas sentencias suscitan la delicada cuestión relativa a la *cuantificación del daño*, respecto a la cual resulta modélica –y un tanto excepcional, por detallada– la STS de 23 de abril de 2004. En ella se casa la sentencia de instancia por falta de motivación de las razones que la condujeron a fijar una cantidad determinada. En efecto, el tribunal de instancia aludió genéricamente a la ponderación de valores como la edad del paciente cuando se manifestó la infección, la actividad de la misma, el tratamiento que necesita, la gravedad de la enfermedad y las consecuencias que de ellas pueden derivarse, para llegar a la reparación integral. El Tribunal Supremo objeta que:

> "Sin duda esta conclusión es inmotivada y convierte a la Sentencia en incongruente por omisión y arbitraria, puesto que adopta una decisión que hace imposible conocer o ni siquiera intuir las razones jurídicas que determinan la cuantía de la indemnización que fija. No pueden considerarse como tales el afirmar que esa cantidad se ha acordado en casos análogos de los que se desconocen las circunstancias que en ellos concurrían, ni es posible utilizar como fundamentos de la decisión estereotipos como las razones expuestas y la ponderación de los factores apuntados."

Por ello, casa la sentencia y acude a los baremos que fija la Ley 30/1995 para indemnizar los daños experimentados por las personas en los accidentes de circulación, que incluyen criterios de ponderación en razón de la edad y otras circunstancias de la víctima, y que entrarían en la referencia a las "demás normas aplicables" del artículo 141.2 LRJAP-PAC, descartadas las referencias a las legislaciones de expropiación forzosa y fiscal. Estas tablas también valoran los perjuicios morales destinados a familiares próximos al incapacitado en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada, según circunstancias. Estas cuantías incluyen el daño moral, pero el Tribunal se reserva la posibilidad de una "sobrevaloración" del mismo en función de las circunstancias concurrentes, ya que los baremos de accidentes de tráfico "se aplican por analogía y no vinculan al Tribunal a la hora de buscar la satisfacción de los perjuicios realmente causados a la víctima en un campo tan distinto como es el accidente de tráfico y la asistencia sanitaria prestada en el ámbito del servicio público de salud". Como dispone el artículo 141.3 LRJAP-PAC, las cantidades se establecen con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, y ha de actualizarse a la fecha de la sentencia, con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y sobre estas sumas convenientemente actualizadas se abonarán los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, conforme a lo establecido en la Ley General Presupuestaria y en el artículo 106.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción.

Como señalamos, esta Sentencia, en su detalle, es un tanto excepcional. Véase el contraste, por ejemplo, con la STS de 11 de mayo de 2004, que, tras exponer los daños alegados y la valoración (y sus omisiones) llevada a cabo por las partes, se limita a constatar que:

> "Por ello, y sin dejar de tener presente la subjetividad que es inherente y por ello inevitable cuando de valorar daños de este tipo se trata, valorando todos esos elementos y teniendo en cuenta además lo que en casos análogos, en modo alguno idénticos, ha apreciado este Tribunal, declaramos que la indemnización que deberá abonar el INSALUD a la parte recurrente es de treinta millones de pesetas, cifra que incluye ya la actualización al día de notificación de esta sentencia."

Por su parte, la STS de 16 de julio de 2004 aclara que, fallecida la víctima, una reclamación posterior por parte de los familiares no puede alcanzar al daño moral sufrido por aquélla:

> "No es posible aceptar esa pretensión y ello porque fallecida una persona se extingue su personalidad jurídica, y, por tanto, no puede nacer en su favor una pretensión al resarcimiento del daño, es decir, de ningún daño material por su muerte o moral por los padecimientos experimentados como consecuencia de sufrir la enfermedad que le fue transmitida. Esta acción personalísima la hubiera podido ejercer en vida quien padeció ese daño moral, e, incluso, si hubiera fallecido una vez iniciada la acción y se hubiera acreditado el daño y se hubiera dispuesto una indemnización, los beneficiarios de ella *in iure propio*, que no como herencia puesto que la indemnización no habría alcanzado a integrarse en el caudal hereditario y, aun si así fuese, quienes tuvieran derecho a ella lo tendrían por el título de convivencia y afectividad más que por el de herederos propiamente dicho."

C) Alcance de la obligación de recabar el consentimiento informado previo a las actuaciones médicas

La **STS de 18 de junio de 2004**, Ar. 3859, considera que no constituye manifestación de consentimiento informado suficiente para tener por cumplido el requisito establecido por la Ley General de Sanidad y, hoy, por la Ley 41/2002, en su artículo 10 un escrito en el que se consignan los datos del paciente, el diagnóstico de presunción y la operación propuesta, añadiendo que el paciente declara haber sido informado verbalmente de la necesidad de dicha intervención y de los posibles riesgos y efectos secundarios de la misma, así como de los beneficios terapéuticos que se desean conseguir, autoriza las modificaciones que surjan en el operatorio y postoperatorio y exime de responsabilidad al personal sanitario y al hospital.

Admite que, en principio, no se excluye de modo radical la validez del consentimiento verbal, pero:

> "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, invocada en su defensa por la Administración recurrida (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla 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."

6. DAÑO INDEMNIZABLE. COMPATIBILIDAD ENTRE LAS PENSIONES EXTRAORDINARIAS RECONOCIDAS A MILITARES ACCIDENTADOS EN ACTO DE SERVICIO Y LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS

Una vez más traemos a estas páginas la cuestión acerca de la compatibilidad entre las pensiones extraordinarias reconocidas a militares accidentados en acto de servicio y la indemnización por daños, tema este que, pese a parecer resuelto en el plano teórico, no siempre es objeto de aplicación cabal en la práctica. En la teoría, ambas son compatibles, pues derivan de títulos distintos; ahora bien lo son tan sólo en la medida en que su suma produzca la reparación integral, pues de lo contrario se produciría una "sobrecompensación" origen de un enriquecimiento injusto. De este modo, la pensión reconocida ha de tenerse en cuenta a la hora de fijar la indemnización por daños, minorando ésta. Además, para que concurra la responsabilidad han de darse los presupuestos exigidos por la LRJAP-PAC (en particular, un daño imputable a la Administración y que resulte antijurídico). En la práctica, a menudo no se toma en consideración la pensión reconocida, y se fija la indemnización por el total del daño sufrido.

La **STS de 2 de julio de 2004**, Ar. 6035, se ocupa de este tema. Soslaya el tema de la concurrencia del requisito de la antijuridicidad, limitándose a constatar que las lesiones tuvie-

ron lugar cuando el recurrente participaba en un curso organizado por la Administración militar, esto es, en el ámbito del servicio público. Ordena que la Administración militar complete el expediente de inutilidad para el servicio y dicte resolución estableciendo o denegando la pensión extraordinaria. Ahora bien, entiende que:

> "La concesión de la pensión extraordinaria para el caso de que se otorgue pretende cubrir la dificultad, si no absoluta sí grave, que las lesiones que padece el recurrente le han de causar para dedicarse a alguna actividad laboral en el futuro, pero no indemniza el daño moral experimentado como consecuencia de esa limitación o dificultad para trabajar, ni tan siquiera la disminución orgánica y psicológica que para la vida diaria, y para siempre, suponen esos condicionantes."

Y, en consecuencia, considera que procede, también, fijar indemnización por las secuelas derivadas del accidente por aplicación analógica del baremo de accidentes de circulación, que incluye la indemnización por daños morales, y que, en este caso, debe incrementarse en un 10 por 100 de acuerdo con lo establecido por la Ley en función de los ingresos del recurrente en el momento del accidente, que no alcanzaban los tres millones de pesetas.

7. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO. EFECTOS DE LA OMISIÓN DEL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO

La **STS de 14 de mayo de 2004**, Ar. 4406, señala que:

> "(...) cuando exista resolución expresa de la Administración y se ha omitido el dictamen del Consejo de Estado, tal defecto acarrea la nulidad debiéndose reponer las actuaciones para que se emita el mismo y, por el contrario y ante el silencio de la Administración, cuando falta el dictamen del Consejo de Estado sin un pronunciamiento expreso sobre dicha reclamación, corresponde a la Sala enjuiciar el fondo sin que proceda la nulidad de lo actuado para recabar el informe del Consejo de Estado".

8. RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO. CONTRADICCIÓN ENTRE LA DIRECTIVA 1993/16 Y EL REAL DECRETO 2072/1995

Venimos prestando atención en números anteriores de estas Crónicas a la aplicación por nuestro Tribunal Supremo del principio de responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho comunitario, reconocido explícitamente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desde comienzos de los años noventa, aplicación que, como hemos ido destacando, tiene aún sus luces y sus sombras.

Traemos en esta ocasión a estas páginas un nuevo pronunciamiento, la **STS de 30 de abril de 2004**, Ar. 5015. En ella, un médico demanda daños y perjuicios al Ministerio de Educación y Cultura derivados de la no transposición y transposición incorrectas de las

Directivas 75/362 y 93/16, sobre libre circulación de médicos y reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos. La transposición de las Directivas en cuestión tuvo lugar extemporáneamente, por Real Decreto 2072/1995, de 22 de diciembre, y de forma incorrecta, como declaró el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 16 de mayo de 2002.

La Directiva preveía un sistema de reconocimiento mutuo, que, en el caso que nos ocupa, y por sintetizar, implicaba que los ciudadanos comunitarios que hubieran recibido formación en una especialidad médica en un Estado habían de obtener su reconocimiento en cualquier otro, recibiendo, todo lo más, una formación complementaria si la normativa nacional era más exigente. Sin embargo, la normativa española exigía a los médicos formados en especialidades en el extranjero presentarse al examen MIR (salvo que hayan accedido a dicha especialización tras haber superado una prueba similar en el Estado de origen), y llevar a cabo el correspondiente período de residencia, al igual que los licenciados españoles sin formación especialista, y no, tal y como establece la Directiva, realizar una mera formación complementaria. El Gobierno español lo defendía como medio para atajar el fraude de ley en que podían incurrir licenciados en Medicina españoles, consistente en formarse en una especialidad en el extranjero, para después solicitar en España formación complementaria, y lograr así el título de especialista sin tener que someterse al sistema MIR.

El Tribunal Supremo tiene en cuenta que en su declaración de incumplimiento, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas "en ningún momento hizo referencia alguna a que como consecuencia de ese hecho hubiera incurrido en una violación suficientemente caracterizada". Es más, la Comisión, en el proceso comunitario, reconoció la legitimidad del interés de España en impedir abusos, pero argumentó que no era necesario ni proporcionado someter a la oposición MIR a los médicos migrantes que disponían de una formación médica especializada y completa en el Estado miembro de origen o de procedencia. Asimismo, el Tribunal Supremo subraya que la actitud de la Administración española no fue la de negar el reconocimiento de los diplomas, certificados o títulos que los demandantes poseían sino el condicionar su validez al cumplimiento del requisito de la adquisición de la formación complementaria exigida y una vez superado ese período de formación otorgar el pleno reconocimiento que tanto la Directiva como el Tribunal exigían. No se trata, pues, de una omisión total de transposición, que implicaría la responsabilidad automática del Estado, sino de una transposición incorrecta.

> "Y si ello es así, es claro que en consecuencia entre los pretendidos daños y perjuicios experimentados por los recurrentes y la no transposición de la Directiva no existió la necesaria relación de causalidad para entender que de demostrarse aquéllos habría de responder de ellos la Administración demandada."

La Sentencia se presta a comentarios que exceden el alcance de estas crónicas pero que, al menos, pueden dejarse apuntados. En primer lugar, el análisis del carácter manifiesto o no de la infracción aparece un tanto "escueto" y poco circunstanciado, teniendo en

cuenta que concurrían elementos que igualmente podían definir una violación suficientemente caracterizada (omisión absoluta de transponer durante un período; actuaciones de la Comisión previas a la declaración de incumplimiento que ponían de relieve la infracción; la propia evidencia de que no pueden ser equiparables "formación complementaria" y sometimiento al médico al examen MIR y a un período de residencia similar a la de los recién licenciados, ...). No estamos diciendo que la solución no pueda ser acertada, sino que tal vez hubiera sido más conveniente una argumentación más elaborada. Además, el Tribunal Supremo toma en consideración que "en ningún momento hizo referencia alguna a que como consecuencia de ese hecho hubiera incurrido en una violación suficientemente caracterizada", argumento este que carece de sentido, en la medida en que, en los recursos por incumplimiento el Tribunal de Luxemburgo no hace consideraciones de este género, esto es, en clave de responsabilidad. Máxime cuando, además, el Tribunal Supremo rechaza plantear, tal y como le plantea el recurrente, una cuestión prejudicial sobre el alcance de la Directiva, que pudiera haber dado ocasión para interrogarle también sobre la consideración que, esta vez sí desde la perspectiva de la responsabilidad, podía merecer el incumplimiento estatal. No está de más recordar que ha sido precisamente esta vía la que ha dado origen a la construcción pretoriana del Tribunal de Luxemburgo sobre el alcance del principio de responsabilidad. Junto a ello, aun existen otros puntos débiles, como la argumentación final en clave de causalidad, o la inaplicación del principio de equivalencia respecto a reclamaciones semejantes de naturaleza interna, que, una vez más, el Tribunal Supremo prefiere obviar.

9. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR

A) Daños derivados de la aplicación de la Disposición Final Cuarta de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos

La **STS de 10 de junio de 2004**, Ar. 5593, resuelve la reclamación patrimonial del propietario de un inmueble de renta antigua que se ve impedido de incrementar la renta de un piso que tiene arrendado a un inquilino de renta antigua. Como es sabido, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos previó para estos casos la actualización gradual, si bien ésta sólo era posible si la renta del arrendatario rebasaba unos determinados umbrales, circunstancia que no concurría en este supuesto. Para estos casos, la Disposición Final Cuarta de dicha Ley preveía unas compensaciones por vía fiscal para los propietarios afectados, que fueron arbitradas por la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, Ley que entró en vigor el 1 de enero de 1999. En la práctica y al menos para el caso de autos, suponían un beneficio económico menor al que se hubiera derivado de una actualización de la renta.

Se suscitan dos cuestiones: una de procedimiento, y en concreto, respecto a la determinación del *dies a quo*, y otra de fondo.

– El Tribunal Supremo considera que no se está ante un supuesto de daño continuado que permitiría el ejercicio de la acción en cualquier momento anterior a la determinación definitiva del quebranto económico sufrido por el particular, o en el plazo de un

año a partir de dicha determinación. El importe del daño puede conocerse anualmente, dependiendo de que el daño continúe produciéndose de la voluntad del arrendatario de continuar ejerciendo su derecho a prórroga. Es, por tanto, una hipótesis de daño periódico, cuya producción depende de circunstancias futuras que deberán concurrir en cada período anual. De este modo, como se reclamó el 31 de diciembre de 2001, entiende que el daño imputable a los ejercicios de 1998 y 1999 ha de entenderse prescrito. El plazo ha de computar desde que se conocen las diferencias entre la renta actualizada y la cantidad que se puede desgravar como compensación fiscal por amortización del inmueble para cada año, y esa fecha es la del momento concreto de cumplir con su obligacion fiscal de presentar su declaración anual del IRPF o al concluir el plazo legalmente establecido para la presentación de esa declaración de renta para esa anualidad. De este modo, la Sentencia limita los daños indemnizables a los ejercicios 2000 y 2001, pese a puntualizar, respecto de este último, que en el momento de presentar la reclamación (31 de diciembre de 2001), la reclamación resultaba prematura y aún sin concretar, porque la demandante no poseía aún los datos necesarios para precisarla en cuanto a su cuantía.

– En cuanto al fondo, el Tribunal Supremo parte de la nueva redacción del artículo 139.3 LRJAP-PAC, y entiende que la literalidad del precepto y la conducta del legislador son "excepcionalmente clarificadoras de cómo ha de resolverse la cuestión planteada". La LAU acepta en este caso la indemnización, asumiendo que la imposibilidad de actualizar la renta es un acto de naturaleza no expropiatoria que los particulares afectados no tienen el deber jurídico de soportar, y por ello, previó medidas compensatorias fiscales. Ahora bien, lo que no puede hacerse es discutir los términos indemnizatorios fijados por el legislador, lo que sólo cabría hacer planteando una cuestión de inconstitucionalidad.

> "Que la demandante crea que la solución legal no es justa, no priva a la Ley de su valor, como expresión de la voluntad general, para resolver el conflicto de intereses que existe en este caso entre el arrendador y el arrendatario concreto que se encuentra en una determinada situación. Ello sin olvidar que, dando cumplimiento el legislador al mandato recibido de compensar el daño causado e impuesto legalmente, (y nótese que la idea de compensación no necesariamente supone la satisfacción completa del perjuicio sufrido), dio reparación al perjuicio causado, a través de una bonificación fiscal establecida en la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas que mejoró la situación anterior de la demandante, que no podía actualizar la renta ni beneficiarse fiscalmente por ello como la Ley posterior le permitió."

B) Daños derivados de la aplicación de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos

En el número anterior comentamos el supuesto de las reclamaciones por daños derivados de la aplicación de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos. Recordemos que conforme al mismo, cuando las autoliquidaciones del impuesto sobre transmisiones y actos jurídicos documentados dan origen a

una liquidación paralela tras una comprobación de valores el exceso comprobado tributa al tipo resultante de la tarifa del impuesto sobre sucesiones y donaciones, con aplicación del coeficiente multiplicador del artículo 22 de la Ley 29/1987. Dicho precepto fue declarado inconstitucional por la STC de 19 de julio de 2000. La sentencia, no obstante, limitó el alcance de la declaración de inconstitucionalidad, al establecer que, por exigencias del principio de seguridad jurídica, únicamente habían de declararse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en dicho pronunciamiento aquellas que, a la fecha de publicación de las mismas, no hubieran adquirido firmeza al haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído aún una resolución administrativa o judicial firme sobre las mismas. El Tribunal Supremo considera, como remarcamos en el número anterior, que, en los supuestos de reclamaciones de responsabilidad derivada de la aplicación de leyes posteriormente declaradas inconstitucionales, hay que estar a los términos del pronunciamiento constitucional sobre el alcance de sus efectos. En un caso como éste, queda vedada cualquier otra acción de distinta naturaleza de la que sugiere el concepto de revisión, incluida la reclamación de daños y perjuicios. En el período considerado, véase, en este sentido, la **STS de 14 de junio de 2004**, Ar. 5718.

Al hilo de este supuesto, podemos destacar la particularidad de la **STS de 12 de junio de 2004**, Ar. 5846, en un aspecto no sustantivo, sino procesal: la determinación del *dies a quo* para presentar una reclamación de daños derivados de la aplicación de leyes constitucionales. En el supuesto de autos, el reclamante había trasladado su residencia al extranjero, sin dar a conocer dicho cambio de domicilio a la Administración tributaria, por lo que la notificación fue intentada sin éxito en su último domicilio conocido, y posteriormente se procedió a la publicación, y al ejercicio de la vía de apremio. Alegaba que sólo cuando el banco le notificó el embargo, que tuvo lugar el 28 de septiembre de 2000, tuvo conocimiento de estas actuaciones. Por el contrario, la representación del Estado aducía que la fecha a considerar era el 11 de agosto de 2000, fecha de publicación en el BOE de la Sentencia del Tribunal Constitucional. La disquisición resultaba trascendente, pues la reclamación se presentó el 29 de septiembre de 2001. El Tribunal establece como *dies a quo* la fecha de publicación de la Sentencia, siguiendo lo que ha sido su criterio general, sin tener en cuenta la circunstancia particular del caso (residencia en el extranjero y desconocimiento del procedimiento de liquidación complementaria y apremio).

C) Daños derivados de la aplicación del artículo 61.2 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria

El supuesto que da origen a la **STS de 2 de julio de 2004**, Ar. 4330, trae causa de la declaración de inconsticionalidad del artículo 61.2 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, modificado en 1991, llevada a cabo por la STC de 16 de noviembre de 2000, publicada en el BOE de 14 de diciembre de 2000. El Tribunal Constitucional consideró que la imposición por el citado precepto de un recargo único del 50 por 100 por presentación de declaraciones o autoliquidaciones fuera de plazo sin requerimiento previo, en tanto que supone una medida restrictiva de derechos que se aplica a supuestos en los que ha existido una infracción de Ley y desempeña una función de castigo, no puede justificarse constitucionalmente más que como sanción y, al apli-

carse sin posibilidad de que el afectado alegue lo que a su defensa considere conveniente y al obviar la declaración de culpabilidad exigida en los procedimientos sancionadores, implica una vulneración del artículo 24.2 con los efectos previstos en el inciso final del artículo 40.1 LOTC. Como es sabido, el artículo 40.1 LOTC dispone que "Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, *salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad*".

Pues bien, el Tribunal Supremo deduce que, en un caso como éste, no es necesario, en contra de lo que aducía el Abogado del Estado, solicitar la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho por infringir un derecho fundamental por la vía del artículo 102 LRJAP-PAC, "y ello por evidentes razones de economía procesal y ante la evidencia de la nulidad de pleno derecho", sino que cabe también reclamar directamente la indemmización de daños y perjuicios, que, en este caso, se concreta en la devolución del ingreso indebidamente efectuado con los intereses legales desde que se efectuó el ingreso.

Emilio Guichot
Juan Antonio Carrillo Donaire
Francisco López Menudo

X. FUNCIÓN PÚBLICA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Acceso. A) Es necesario convocar pruebas de habilitación y concursos de acceso a los Cuerpos de Profesores Titulares y Catedráticos de Escuelas Universitarias en todas las áreas de conocimiento propias de las atribuciones de la Ingeniería Técnica. B) Adjudicación de destinos a funcionarios de nuevo ingreso en una categoría superior. Es necesario dar publicidad a las convocatorias de libre designación para garantizar la igualdad de los aspirantes. C) Validez de la norma reglamentaria que limita las posibilidades de los profesores en situación de excedencia voluntaria de formar parte de las Comisiones de Habilitación Nacional. D) El error en la aplicación de la fórmula de corrección de las pruebas de procesos selectivos no es una cuestión de discrecionalidad técnica. **3. Derechos individuales.** A) Derecho del funcionario a la libertad de asociación en su vertiente negativa. B) Derecho a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas. **4. Derechos colectivos.** A) Negociación colectiva. a) Devienen inaplicables las cláusulas de los acuerdos o convenios que impliquen crecimientos retributivos superiores al límite legal. b) No puede aplicarse a los funcionarios el principio laboral de condición más beneficiosa. c) Los Acuerdos negociadores pueden particularizar los supuestos legales genéricos o indeterminados. **5. Derechos económicos.** A) Complemento específico. a) La sustitución del director por parte del jefe de estudios da derecho al pago del complemento específico si aquélla supera los tres meses. b) La fijación del complemento específico se realiza exclusivamente conforme a las condiciones objetivas del puesto de trabajo. B) Fijación de las indemnizaciones por razón de servicio. C) Complemento de productividad. Es legal su percepción durante el período en el que el funcionario realiza un curso de ascenso. D) Complemento de destino en supuestos de identidad de funciones de los puestos de trabajo. **6. Incompatibilidades. 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; en caso**

contrario procede declarar la compatibilidad. 7. Régimen disciplinario. Doble sanción disciplinaria por unos mismos hechos. No existe vulneración del principio *non bis in idem* porque cada una de ellas protege bienes jurídicos distintos.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta ocasión, la crónica de función pública recoge una serie de resoluciones judiciales, particularmente numerosas e interesantes en lo relativo al empleo público y a los derechos de los empleados públicos.

2. ACCESO

A) Pruebas de habilitación y concursos de acceso a los Cuerpos de Profesores Titulares y Catedráticos de Escuelas Universitarias. Deben extenderse a todas las áreas de conocimiento propias de las atribuciones de la Ingeniería Técnica. Ingenieros Técnicos Industriales

El Real Decreto 774/2002, de 26 de julio, que regula el sistema de habilitación nacional para el acceso a los Cuerpos de funcionarios docentes universitarios y el régimen de los concursos de acceso, limita la comunicación y convocatoria de plazas para la habilitación de Profesores Titulares y Catedráticos de Escuelas Universitarias a dos únicas áreas de conocimiento ("Expresión Gráfica en la Ingeniería" e "Ingeniería Eléctrica"), de tal modo que los Ingenieros Técnicos ven igualmente reducidas sus posibilidades de docencia al ámbito de las dos citadas áreas de conocimiento [arts. 3.4, 5.1.A), Anexos III y IV].

Impugnados los preceptos mencionados del RD 774/2002, la **STS de 20 de octubre de 2004,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 6082, estima el recurso interpuesto y anula los preceptos recurridos, señalando al efecto que el citado RD 774/2002 contraviene los preceptos de la LOU (arts. 7.1 y 8.1) que regulan las facultades de las Escuelas Universitarias para la organización de las enseñanzas y de los procesos académicos en función de las respectivas especialidades de las Ingenierías Técnicas. En este sentido, la STS de 20 de octubre de 2004 señala que el RD 774/2002, al limitar a dos áreas de conocimiento la convocatoria y el acceso a las plazas de Profesores Titulares y Catedráticos de Escuelas universitarias, ha operado de manera restrictiva y con desconocimiento de la evolución normativa en la regulación de atribuciones y especialidades de los Ingenieros Técnicos (y, más específicamente, de los Ingenieros Industriales), que comprende también las áreas de "Ingeniería mecánica, Textil, Ingeniería Electrónica y Química Industrial". En consecuencia, la nulidad de los preceptos impugnados del RD 774/2002 deriva de la exclusión injustificada de la habilitación y del acceso a las plazas de Profesores Titulares y Catedráticos de Escuelas Universitarias en el ámbito de las últimas especialidades señaladas. D) El error

en la aplicación de la fórmula de corrección de las pruebas de los procesos selectivos no es una cuestión de discrecionalidad técnica.

B) Adjudicación de destinos a funcionarios de nuevo ingreso en una categoría superior. Es necesario dar publicidad a las convocatorias de libre designación para garantizar la igualdad de los aspirantes. Mossos d'Esquadra

Según jurisprudencia constitucional, si bien es cierto que el régimen del procedimiento de libre designación permite un margen de apreciación en la valoración de las aptitudes de los candidatos para ocupar un puesto de trabajo, los puestos de trabajo provistos por este sistema deben ser ofertados a todos los aspirantes que hayan accedido a una misma categoría. La modulación que puedan experimentar los principios de mérito y capacidad en la provisión de puestos de trabajo por el sistema de libre designación no autoriza a desconocer la igualdad de oportunidades de los aspirantes, omitiendo la debida publicidad que les impide concurrir a dicho procedimiento.

Por ello, la **STC 221/2004, de 29 de noviembre**, Sala Primera, otorga el amparo solicitado por el recurrente que, tras acceder a la categoría de cabo mediante promoción interna, no pudo optar a determinadas plazas a las que se adscribió a otros aspirantes mediante procedimiento de libre designación sin publicidad.

C) Validez de la norma reglamentaria que limita las posibilidades de los profesores en situación de excedencia voluntaria de formar parte de las Comisiones de Habilitación Nacional. Cuerpos Docentes Universitarios

En los últimos meses, el Tribunal Supremo ha resuelto numerosos recursos contra el Real Decreto 774/2002, de 26 de julio, por el que se regula el sistema de habilitación nacional para el acceso a cuerpos de funcionarios docentes universitarios, cuyo art. 6.3, párrafo segundo, solamente contempla la posibilidad de que los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios (art. 56 LOU) en situación de excedencia voluntaria por prestar servicios en una Universidad privada puedan formar parte de las Comisiones de Habilitación si han sido propuestos por una Universidad pública y han obtenido una informe favorable de la ANECA. Los recurrentes sostienen que dicha disposición reglamentaria excede de la habilitación reglamentaria efectuada por la LOU y, además, vulnera el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas, al establecer requisitos adicionales que no se exigen a otros funcionarios en situación distinta a la excedencia voluntaria.

Sin embargo, la **STS de 20 de julio de 2004**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 5524, secundada por otras SSTS de 23 de septiembre, 26 y 29 de octubre y 23 de noviembre de 2004 (Ar. 5631, 6350, 7519 y 7387, respectivamente), por un lado, considera que el art. 6.3, párrafo segundo, del RD 774/2002, no excede de la habilitación efectuada por la LOU (art. 57 y Disposición Final Tercera), sino que más bien lleva a cabo una interpretación del texto de la LOU basada en la potestad de autoorganización administrativa. En segundo lugar, tampoco la STS de 20 de julio de 2004 aprecia vulneración del derecho de igualdad en el acceso a las funciones públicas (arts. 14 y 23.2 CE) por el art. 6.3 del RD 774/2002, pues la especial previsión relativa a los funcionarios en excedencia voluntaria

por servicio en una Universidad privada dispone de una justificación objetiva, razonable y proporcionada, como es la circunstancia de que dicha situación administrativa determina la suspensión de la relación de servicio que ligaba a tales profesores con la Universidad y con la docencia públicas, razón que impide asimilar a estos profesores a la situación de aquellos otros que se encuentran en servicio activo en una Universidad pública. Por lo demás, el TS recuerda que la regulación precedente a la LOU (*vid.* RD 898/1985, de 30 de abril, RD 730/1986, de 11 de abril y RD 1888/1984, de 26 de septiembre) ya contemplaba determinadas especialidades para la participación de profesores en situación de excedencia voluntaria en concursos para la provisión de plazas y en las Comisiones encargadas de valorar tales concursos, por lo que la nueva normativa no habría venido a privar a los recurrentes de ningún derecho.

D) El error en la aplicación de la fórmula de corrección de las pruebas de los procesos selectivos no es una cuestión de discrecionalidad técnica. Falta de respuesta judicial que determina vulneración de la tutela judicial efectiva

La **STC 219/2004, de 29 de noviembre,** Sala Segunda, estima el recurso de amparo interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que no enjuició la aplicación de la fórmula matemática acordada por el Tribunal calificador para la corrección de las pruebas psicotécnicas de un proceso selectivo, negando así una respuesta a la alegación de error en la aplicación de la misma efectuada por el recurrente.

Según sostiene la STC 219/2004, de 29 de noviembre, el recurrente no planteó cuestión alguna sobre la valoración de los ejercicios llevada a cabo por el Tribunal calificador, simplemente alegó error en la aplicación de la fórmula matemática empleada para la corrección de las pruebas. Dicha cuestión hubiera sido fácilmente demostrable mediante una sencilla prueba, y habría permitido al actor obtener una puntuación distinta. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se abstuvo de verificar si realmente existió o no el error alegado, limitándose a apreciar que se trataba de un supuesto de discrecionalidad técnica exento de control judicial.

La STC 219/2004 señala que la alegación del recurrente nada tiene que ver con la discrecionalidad técnica de los órganos calificadores, pues la determinación de si la fórmula empleada para la corrección de pruebas de un proceso selectivo ha sido correctamente aplicada es una cuestión fáctica que una vez planteada en sede judicial debe ser resuelta por el juez. Por tanto, al no realizar control alguno sobre la actuación de los órganos calificadores en la aplicación de la fórmula matemática, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del actor por denegación de justicia.

3. DERECHOS INDIVIDUALES

A) Derecho del funcionario a la libertad de asociación en su vertiente negativa

Una vez más se ha pronunciado la **STC 6/2005, de 17 de enero,** sobre el contenido del derecho de asociación de los funcionarios en su vertiente negativa. El funcionario recurrente pertenecía al Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local con habilitación de carácter nacional de la provincia de Valencia y había sido condenado por sentencia al pago de las cuotas colegiales impagadas. Ante ello, el funcionario recurrió la sentencia por estimar que la colegiación obligatoria vulneraba su derecho a la libre asociación consagrada como un derecho fundamental en el art. 22 de la Constitución.

Argumento decisivo para el otorgamiento del amparo ha sido la consideración de que se trataba de un funcionario público que ejercía su actividad profesional exclusivamente en el ámbito de la Administración pública. Estaba integrado en una organización administrativa, por tanto, de carácter público, sin que pudiera ejercer su profesión privadamente y siendo la propia Administración pública la destinataria inmediata de los servicios prestados por el funcionario. Por ser ello así, el poder público ha procedido a una completa delimitación y regulación tanto del ejercicio de la actividad profesional de los Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración local con habilitación de carácter nacional, como del estatuto propio de quienes la desempeñan.

A mayor abundamiento, considera el Tribunal que tampoco en el presente caso las funciones y fines del Colegio, aun reconociendo su importancia y alcance, presentan una relevancia tal en la ordenación del ejercicio de la profesión a fin de garantizar el correcto desempeño de la misma que permita identificar, al menos con la intensidad suficiente, la existencia de intereses públicos constitucionalmente relevantes que pudieran justificar en este caso la exigencia de la colegiación obligatoria.

Estos argumentos llevan al Tribunal a considerar que en este caso la colegiación obligatoria no se presenta como un instrumento necesario para la ordenación de la actividad profesional de los Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración local con habilitación de carácter nacional a fin de garantizar el correcto desempeño de la misma y los intereses de quienes son los destinatarios de los servicios prestados por dichos profesionales. Por ello, la adscripción obligatoria del recurrente lesionó el derecho a la libertad de asociación en su dimensión negativa.

B) Derecho a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas

La **STS de 23 de diciembre de 2004,** Ar. 82223, ha denegado a la funcionaria recurrente la extensión de los efectos de la sentencia del TSJ de Madrid de 30 de junio de 1998 en la que se reconocía el derecho de un funcionario del Cuerpo de Gestión de Hacienda Pública a ser indemnizado por las vacaciones que no había podido disfrutar pues no se le permitió hacerlo cuando lo solicitó. En concreto, el recurrente había terminado el perío-

do de prácticas y permaneció en expectativa de destino desde el mes de julio hasta octubre, fecha en la que se le adjudicó un puesto de trabajo y cuando solicitó disfrutar de su derecho a las vacaciones que le correspondían. La Administración denegó su pretensión por entender que ya había disfrutado de ellas durante los meses que había permanecido a la espera de su destino.

Pues bien, ante estos hechos, la sentencia mencionada declaró que no se había respetado el derecho a las vacaciones que reconoce el art. 68 del Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, por lo que condenó a la Administración a pagar al funcionario una indemnización equivalente a las retribuciones que le hubieran correspondido por veintiocho días en compensación por no haber podido disfrutar de sus vacaciones en los términos contemplados por la legislación vigente.

En la STS que ahora nos ocupa, sin embargo, se desestima la pretensión de la recurrente por considerar que se trata de situaciones diferentes, toda vez que en este caso la funcionaria consintió y no recurrió esa misma negativa de la Administración, limitándose posteriormente a pedir la extensión de los efectos de aquella sentencia.

4. DERECHOS COLECTIVOS

A) Negociación colectiva

a) Devienen inaplicables las cláusulas de los acuerdos o convenios que impliquen crecimientos retributivos superiores al límite legal

La **STSJ de Cataluña de 6 de noviembre de 2004,** Ar. 1101, se ha pronunciado de nuevo acerca de las consecuencias jurídicas que tiene la inclusión en los acuerdos o convenios de cláusulas que prevén un incremento retributivo superior al previsto en las correspondientes normas presupuestarias. En concreto, ha anulado el Acuerdo del Pleno municipal de un Ayuntamiento de Tarragona por el que se aprobaba el convenio colectivo del personal laboral a su servicio por contener una cláusula que preveía una actualización de cuantías para sucesivos ejercicios en lo referente a condiciones económicas o ayudas del fondo social.

Después de recordar la consolidada jurisprudencia respecto a que la imposición de topes máximos al incremento del volumen global de las retribuciones por todos los conceptos de los empleados públicos constituye una medida económica general de carácter presupuestario dirigida a contener la extensión del gasto público, declara la nulidad de la cláusula que contenía dichas actualizaciones tras señalar que "los acuerdos o convenios que impliquen crecimientos retributivos superiores al límite legal deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables en caso contrario las cláusulas que se oponen al mismo".

b) No puede aplicarse a los funcionarios el principio laboral de condición más beneficiosa, pues éstos no tienen más derechos adquiridos que los que se determinen legalmente

La **STSJ de Asturias de 9 de noviembre de 2004,** Ar. 1084, ha anulado diversos preceptos del Acuerdo del Pleno de un Ayuntamiento por el que se aprueba el Acuerdo regulador de las condiciones laborales entre dicho Ayuntamiento y sus funcionarios para los años 2000-2002. Los preceptos anulados son los relativos a la regulación de la jornada laboral y el horario de trabajo, toda vez que el art. 94 de la Ley 7/1985 fija una jornada para los funcionarios de la Administración local en cómputo anual igual que la que se fija para los funcionarios de la Administración del Estado, siendo éste de 37,5 horas semanales.

Por los mismos motivos se han anulado los preceptos que establecían vacaciones anuales más amplias, un día más de fiesta, los que establecían un nuevo régimen de baja por enfermedad, los relativos a los anticipos o, entre otros muchos, los que creaban un fondo social para los funcionarios. Y todo ello porque recuerda el Tribunal que el reconocimiento de la condición más beneficiosa no puede aplicarse a los funcionarios, toda vez que no tienen más derechos adquiridos que los que se determinan legalmente pero no los que deriven de la aplicación de los principios laborales de norma más favorable o condición más beneficiosa.

c) Los Acuerdos negociadores pueden particularizar los supuestos legales genéricos o indeterminados

A diferencia de lo ocurrido en el anterior supuesto, la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de noviembre de 2004,** Ar. 26007, ha desestimado la impugnación presentada por el Abogado del Estado del Acuerdo del Pleno de un Ayuntamiento por el que se aprueban las normas reguladoras de las condiciones de trabajo de su personal funcionario. En concreto, se había impugnado la regulación que se contemplaba en dicho Acuerdo sobre el régimen de funcionamiento de la Comisión Mixta Paritaria, sobre la jornada y horario de trabajo y sobre la segunda actividad. El Tribunal no obstante, declara la validez de dichas cláusulas en la medida en que su interpretación no resulta contraria al régimen legalmente establecido. No obstante, antes de llegar a dicha conclusión, el Tribunal realiza un análisis sobre el alcance de la negociación colectiva en el ámbito funcionarial e insiste en que "los negociadores pueden particularizar aquellos supuestos legales genéricos o indeterminados, respetando sus límites, pero no pueden hacerlo cuando éstos están tasados, debiendo limitarse a cumplirlos".

5. DERECHOS ECONÓMICOS

A) Complemento específico

a) La sustitución del director por parte del jefe de estudios da derecho al pago del complemento específico si aquélla supera los tres meses

La **STSJ de Castilla y León de 4 de noviembre de 2004,** Ar. 313107, ha estimado el recurso planteado por el funcionario recurrente y le ha reconocido el derecho a percibir el

complemento específico correspondiente al puesto de director de colegio. En este caso, el jefe de estudios había sustituido al director de su colegio durante varios meses y, en consecuencia, había solicitado de la Administración el pago del correspondiente complemento. La Administración había denegado el mencionado complemento específico por considerar que la función de sustitución del director en caso de ausencia o de enfermedad es una función que corresponde específicamente al jefe de estudios por exigencias del art. 34 del Real Decreto 82/1996, por el que se aprueba el reglamento orgánico de las escuelas de educación infantil y colegios de educación primaria.

La Sala, no obstante, hace una peculiar interpretación jurídica de dicho precepto entendiendo que del mismo sólo se infiere un carácter esencial de esta obligación, y no es otro que su provisionalidad. A partir de ahí, sólo si el jefe de estudios sustituye al director durante una breve ausencia o una enfermedad igualmente breve, nos estaremos moviendo dentro del marco establecido por el Real Decreto 82/1996. Pero "lo que no puede la Administración demandada pretender es una duración indefinida o ciertamente excesiva de la suplencia. Ello es contrario al carácter estrictamente provisional de la misma".

Para la determinación del período a partir del cual ha de considerarse que la sustitución es excesiva y, por tanto, debe generar el pago del correspondiente complemento, la Sala se apoya en el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, cuyo art. 69.1 prevé que "las enfermedades que impidan el normal desempeño de las funciones públicas darán lugar a licencias de hasta tres meses cada año natural". Éste es, pues, el período de tiempo que la Sentencia toma como referencia. La opción contraria permitiría el injusto desempeño, sin retribución alguna, de las funciones de director, añadidas a las de jefatura de estudios durante un largo período.

b) La fijación del complemento específico se realiza exclusivamente conforme a las condiciones objetivas del puesto de trabajo

La **STSJ de Cantabria de 28 de octubre de 2004,** Ar. 986, se ha pronunciado de nuevo acerca de la naturaleza jurídica del complemento específico. En este caso concreto, se trataba de un guardia civil que había solicitado el reconocimiento a efectos económicos de la especialidad de seguridad ciudadana. La Sala recupera la ya inconcusa doctrina respecto a que el complemento específico solicitado por el recurrente está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad, sin que en ningún caso pueda asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo y sin que tenga aquí cabida la discrecionalidad de la Administración para su establecimiento.

La Sentencia ha desestimado su pretensión porque el recurrente no estaba orgánicamente encuadrado en las unidades de Seguridad Ciudadana y funcionalmente tampoco había quedado acreditado que realizara tales funciones, por lo que la Sala entiende que está fue-

ra del ámbito de aplicación del mencionado complemento y no es conforme a su derecho su encuadre extensivo al mismo dada la especialidad de aquéllas.

B) Determinación de indemnizaciones por razón de servicio

Entre otros aspectos, en la **STS de 18 de octubre de 2004,** Ar. 6751, se ha dilucidado acerca de la naturaleza jurídica de las indemnizaciones por razón de servicio. El sindicato USO había impugnado el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnización por razón del servicio, entre otros muchos aspectos, por considerar que resultaba discriminatorio. Para argumentar su impugnación, alega el sindicado que el objetivo fundamental de concesión de dichas indemnizaciones no es otro que el de garantizar la cobertura de las necesidades vitales que las motivan y estas necesidades son idénticas y comunes para todos los funcionarios que se ven afectados por las mismas, con independencia del Grupo al que pertenezcan. A partir de dicha consideración, estima el sindicato que no existe regulación específica que determine diferenciación alguna en la que apoyarse para justificar ese trato desigual y que ya existen otros conceptos retributivos para plasmar esas diferencias. Ello le lleva a solicitar la nulidad del régimen de las dietas previsto en dicha norma y que se declare el derecho del personal afectado al abono de idéntica cuantía según los distintos supuestos que lo motivan para todos los grupos de clasificación.

El TS ha desestimado esta impugnación al entender que la fijación de cuantías diferentes en función del grupo de clasificación al que pertenecen los funcionarios no infringe el principio de igualdad porque, como ya reconoció en su Sentencia de 8 de julio de 1994, "parece razonable la justificación ofrecida por la representación del Estado en el sentido de orientarse hacia la proporcionalidad con las remuneraciones ordinarias percibidas por la media de los integrantes de cada grupo (...) pues no se puede pretender la extensión del régimen establecido para los altos cargos en materia de resarcimiento de gastos a los funcionarios porque unos y otros se encuentran en posiciones diferentes".

C) Complemento de productividad. Es legal su percepción durante el período en el que el funcionario realiza un curso de ascenso

La **STSJ de Cataluña de 6 de noviembre de 2004,** Ar. 7065, ha estimado el recurso planteado por un funcionario respecto al cobro del complemento de productividad. Se trataba de un funcionario perteneciente al Cuerpo Nacional de Policía que solicitaba el abono del mencionado complemento durante los meses en que estuvo realizando el curso de ascenso a la categoría de Subinspector de Policía. El Tribunal parte en sus consideraciones de la desnaturalización que se ha producido en los últimos años de este complemento, toda vez que se trata de una retribución complementaria destinada a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria o la iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo. De ahí se deriva su marcado carácter subjetivo, en la medida en que está en función del rendimiento personal del titular del puesto de trabajo, así como de su actividad extraordinaria y de su interés.

No obstante, el análisis de la concreta regulación que se ha realizado de dicho complemento a través de determinadas Instrucciones de la Dirección General de la Policía y la acredita-

ción de que efectivamente algunos funcionarios de distintas plantillas de España, de entre todos los que realizaron dicho curso, habían percibido el complemento de productividad, llevan a la Sala a estimar el recurso planteado por el funcionario y a declarar su derecho a percibir dicho complemento durante el tiempo en que realizó el curso de acceso.

D) Complemento de destino en supuestos de identidad de funciones de los puestos de trabajo

La **STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de noviembre de 2004,** Ar. 25789, ha estimado el recurso contencioso planteado por una funcionaria que había solicitado la reclasificación de su puesto de trabajo como Inspector Técnico-Facultativo en el nivel 26, toda vez que la Comisión Interministerial de Retribuciones había clasificado unos puestos de trabajo de la Gerencia Regional de Valencia con el nivel 27 y otros con el nivel 26.

Pues bien, tras acreditar que no existían diferencias entre los distintos puestos que habían sido clasificados con distintos niveles, la Sala ha declarado el derecho de la funcionaria recurrente a que se le asigne a su puesto de trabajo un nivel 27, toda vez que "la identidad de funciones de los puestos de trabajo determina, conforme a lo dispuesto en el art. 23.3.a) de la Ley 30/1984, la atribución de un mismo nivel de complemento de destino, por ser éste un concepto retributivo de carácter objetivo relacionado con el puesto de trabajo desempeñado, de ahí que la igualdad de puestos requiera igualdad de nivel del complemento de que se trata".

6. INCOMPATIBILIDADES. 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 22 de octubre de 2004**, Sala Tercera, Ar.7691, se pronuncia sobre la conformidad a Derecho de la declaración por el Consejo General del Poder Judicial de la incompatibilidad del desempeño del cargo de Presidente de Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y la realización de tareas docentes en la Universidad de Deusto. La Sala reitera, aquí, la doctrina ya establecida en la Sentencia de 18 de diciembre de 2002, Ar.1230/2003, de acuerdo con la cual, la interpretación de la normativa (arts. 389 LOPJ y 267 del Reglamento de la Carrera Judicial) lleva a entender que la actividad docente no está afectada por una incompatibilidad absoluta sino relativa, y que la declaración de la misma "sólo resultará jurídicamente justificada cuando consten concretas razones o circunstancias que demuestren que la simultaneidad del ejercicio docente puede, como señala ese art. 267 del Reglamento 1/1995, impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes judiciales o comprometer la imparcialidad o independencia del Juez o magistrado afectado".

En el presente caso, la declaración de incompatibilidad se apoya, en primer lugar, en el criterio establecido en el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de

12 de enero de 2000, por el que se excluye de las actividades docentes a los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, debido a que se considera que la doble función, jurisdiccional y gubernativa, que desempeñan aconseja una dedicación en exclusiva. Y, en segundo lugar, la incompatibilidad se justifica también aduciendo la STS de 31 de enero de 2002 (Ar. 2943) en la que se afirma que "la realización de funciones docentes, como segunda actividad, con subordinación académica a la autoridad académica correspondiente (...) se aviene mal con la independencia que debe predicarse del cargo de Presidente del Tribunal Superior máximo representante del poder judicial en el Territorio de la Comunidad Autónoma".

El Tribunal Supremo rechaza ambos motivos. En primer lugar, porque considera que se trata de una justificación puramente abstracta, en la que no se precisan ni las circunstancias específicas que llevan a la declaración de incompatibilidad, ni los objetivos concretos que se pretenden lograr con la misma. Y, en segundo, lugar, porque la Sentencia de 31 de enero de 2002 se refería a un Magistrado del Tribunal Supremo, y los Magistrados de Tribunal Supremo cuentan con un estatuto especial no aplicable a los jueces de los Tribunales Superiores de Justicia.

En consecuencia, el Tribunal Supremo anula la declaración de incompatibilidad y reconoce el derecho del recurrente al desarrollo de la actividad docente.

7. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. DOBLE SANCIÓN DISCIPLINARIA POR UNOS MISMOS HECHOS. NO EXISTE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* PORQUE CADA UNA DE ELLAS PROTEGE BIENES JURÍDICOS DISTINTOS

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse nuevamente sobre las peculiaridades del principio *non bis in idem* en el régimen disciplinario de los funcionarios. En esta ocasión, el Alto Tribunal ha examinado la compatibilidad del citado principio con la imposición de una primera sanción disciplinaria basada en unos hechos que dieron lugar a un posterior proceso penal. El proceso penal concluyó con un pronunciamiento de condena que, a su vez, fundamentó una segunda sanción disciplinaria. El Tribunal Constitucional sólo se ha pronunciado sobre las dos sanciones disciplinarias, pues sólo éstas y no la condena penal fueron objeto de recurso.

El demandante en amparo, agente de la Guardia Civil, tras abandonar el servicio de armas que prestaba y, habiendo ingerido una gran cantidad de bebidas alcohólicas, condujo su automóvil a una velocidad superior a la adecuada, colisionando con el conductor de un ciclomotor que sufrió graves heridas, dándose después a la fuga, sin auxiliar al herido. Esta conducta fue objeto de una corrección disciplinaria en aplicación del art. 7.22 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, que tipifica como falta leve la realización de "(...) actos contrarios a la dignidad exigible a todo miembro de la Institución". A su vez, el demandante fue condenado mediante sentencia penal firme como autor de un delito de omisión del deber de socorro. A consecuencia de dicha condena, le fue impuesta al actor una sanción disciplinaria de separación del

servicio, en concepto de una falta muy grave consistente en "(...) haber sido condenado por sentencia firme, en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar, por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la privación de libertad" (art. 9.10 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil).

Recurrido en amparo el doble castigo disciplinario, la **STC 180/2004, de 2 de noviembre,** Sala Primera, concluye que, pese a estar basadas las dos sanciones disciplinarias en un mismo sustrato fáctico (conducción bajo la influencia del alcohol, provocando un accidente que causa heridas graves a una persona, a la que el sancionado no auxilió), no existe vulneración del principio *non bis idem* puesto que cada una de las sanciones impuestas protege bienes jurídicos distintos. Según el Tribunal Constitucional, la primera sanción protege la dignidad de la institución de la Guardia Civil, tal como deriva del propio precepto que la tipifica la infracción. Por el contrario, la segunda sanción disciplinaria, impuesta a consecuencia de la previa condena penal, tiene como fundamento la irreprochabilidad penal de quienes ejercen funciones policiales; bien jurídico que, a juicio del Tribunal Constitucional, resulta diferenciado de la dignidad de los funcionarios de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

Miguel Sánchez Morón
Belén Marina Jalvo
Josefa Cantero Martínez
Eva Desdentado Daroca

XI. URBANISMO

Sumario:

1. Planeamiento urbanístico. A) Nulidad del Estudio de Detalle que, al reducir la anchura de una calle suprimiendo una de las aceras, incumple las determinaciones de las Normas Subsidiarias. B) La elaboración de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales no es presupuesto necesario para la aprobación de un plan urbanístico en un territorio declarado Parque o Reserva. **2. Régimen urbanístico del suelo.** A) Deben clasificarse como suelo no urbanizable de protección especial los terrenos que reúnan valores o características que lo merezcan conforme a la legislación urbanística, de protección de la naturaleza o del patrimonio histórico artístico, aunque carezcan de una declaración específica al efecto. B) Los propietarios de suelo urbano están obligados a ejecutar o costear las obras de conexión a la red de comunicaciones cuando la urbanización se halla desconectada de la malla urbana. **3. Momento y valoración de las expropiaciones urbanísticas. 4. Otorgamiento de licencia de obras: sometimiento de la misma a condiciones. 5. Restablecimiento de la legalidad urbanística: anulación de licencia por vulneración de una norma de aplicación directa. 6. Responsabilidad patrimonial de la administración municipal por la anulación de una licencia de obras.**

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

A) Nulidad del Estudio de Detalle que, al reducir la anchura de una calle suprimiendo una de las aceras, incumple las determinaciones de las Normas Subsidiarias

El caso resuelto por la **STS de 18 de mayo de 2004,** Ar. 4771, es un ejemplo más de la doctrina constante que sujeta a estrictos límites los Estudios de Detalle, en virtud del principio de jerarquía normativa. Éste en concreto había reducido la anchura de una calle debido a la supresión de una acera. Para el tribunal de instancia era una alteración mínima que no acarreaba la nulidad del referido Estudio de Detalle. Sin embargo, la lectura que el Tribunal Supremo hace de los preceptos que regulan este instrumento de planeamiento es que su contenido no pasa del señalamiento de alineaciones y rasantes, de modo que, a la luz del principio de jerarquía normativa, la variación o modificación de los viales previstos en el PGOU o en las NNSS, por pequeña que sea, es motivo suficiente para declarar su nulidad radical:

> "Esta Sala no duda de la plausible finalidad perseguida con la ligera variación de la traza del vial respecto de la fijada en las Normas Subsidiarias, pero el instrumento empleado para ello no es el adecuado, dado que un Estudio de Detalle no puede alterar el diseño de los viales establecidos en las Normas Subsidiarias, lo que sólo puede llevarse a cabo a través de la modificación o revisión de éstas, pero nunca conculcando el principio de jerarquía normativa mediante la aprobación de un Estudio de Detalle que se aparte o distorsione las determinaciones contenidas en aquéllas, pues, de ser así, como en este caso, el Estudio de Detalle es nulo de pleno derecho, según los dispuesto concordadamente por los artículos 51.2 y 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dado el rango superior de las primeras respecto de los segundos." (FJ 5º.)

Esta concepción piramidal y jerarquizada, tradicional en el derecho español, no es trasladable sin más a la nueva legislación autonómica. Junto a estos principios, algunas leyes del suelo regionales han introducido un criterio funcional o de especialidad de cada instrumento de planeamiento, de modo que uno de teórico nivel inferior, por su contenido o ámbito espacial más reducido, puede alterar lo establecido en otro superior en aquello que sea su objeto legal específico. En concreto, el artículo 28.3 Ley castellano-manchega 2/1998, de 4 de junio, permite a los Estudios de Detalle crear nuevos viales o dotaciones públicas, sin reducir la superficie de las previstas en el planeamiento.

B) La elaboración de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales no es presupuesto necesario para la aprobación de un plan urbanístico en un territorio declarado Parque o Reserva

La sentencia de instancia había anulado la revisión de las NNSS del San Vicente de la Barquera, entre otros motivos, por no existir previamente aprobado el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parque Natural de Oyambre, en cuyo territorio se encuentra incluido el citado municipio. Rectificando esta tesis, la **STS de 7 de junio de 2004,** Ar. 4004, estima parcialmente el recurso de casación presentado por una Entidad Urbanística Colaboradora, invocando la interpretación errónea de los artículos 5 y 7 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo:

> "De tales preceptos, así como del artículo 19.2 LCEN, resulta con toda claridad que si existe contradicción entre los planes medioambientales regulados en la LCEN y los planes de ordenación territorial o urbanísticos existentes en el territorio, aquéllos prevalecerán sobre éstos. Del artículo 15 de dicha Ley resulta también que la aprobación de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales es presupuesto para la declaración de un terreno como Parque o Reserva, ya sea aquella aprobación previa a esta declaración o se produzca en el año siguiente a ella. Sin embargo, no existe precepto alguno que condicione la aprobación de instrumentos de ordenación urbanística en un espacio natural declarado Parque o Reserva a la previa existencia de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales. Aunque recaigan sobre el mismo espacio físico los planes urbanísticos y los medioambientales tienen una diferente finalidad, por lo que no cabe impedir la ordenación urbanística de un municipio, o su transformación, por el hecho de que el mismo haya sido declarado Parque Natural y, no obstante, no se haya redactado el correspondiente Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, sin perjuicio de los efectos que esa omisión pudiera tener sobre la declaración de protección efectuada." (FJ 11º.)

2. RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL SUELO

A) Deben clasificarse como suelo no urbanizable de protección especial los terrenos que reúnan valores o características que lo merezcan conforme a la legislación urbanística, de protección de la naturaleza o del patrimonio histórico artístico, aunque carezcan de una declaración específica al efecto

Como ya apreciara la sentencia de instancia, la **STS de 20 de octubre de 2004,** Ar. 6574, considera conforme a derecho la decisión de la Generalidad Valenciana de exigir la clasificación como suelo no urbanizable de protección especial de la zona llamada Ribamar, frente a la pretensión municipal de clasificarlo como suelo urbanizable, a pesar de que en la fecha de la aprobación definitiva no estaba sujeta a un régimen específico de protección o mejora ambiental. Y ello sobre la base del artículo 1.3.A) de la Ley 4/1992, "reguladora del suelo no urbanizable en la Comunidad Valenciana", que ordena que se clasifiquen como tal, entre otros supuestos, "c) Los terrenos que, aun no estando comprendidos en el supuesto de la letra anterior [terrenos sujetos a un régimen específico de protección o mejora por una medida adoptada conforme a la legislación urbanística, ambiental o del patrimonio histórico-artístico], reúnan valores o presenten características que, conforme a la legislación urbanística, de protección del patrimonio histórico, de conservación de la naturaleza, fauna y flora o del medio ambiente, los hagan merecedores de una especial protección".

A juicio del Tribunal, la actuación autonómica responde a la preocupación medioambiental y al resultado probatorio puesto de manifiesto en la declaración de impacto ambiental, frente a los cuales son de menor peso la clasificación del suelo contemplada por el planeamiento precedente y los desarrollos urbanísticos autorizados hasta entonces. Esta decisión no conculca la autonomía de los entes locales ni rebasa el control de legalidad que corresponde a la Administración autonómica.

B) Los propietarios de suelo urbanizable están obligados a ejecutar o costear las obras de conexión a la red de comunicaciones cuando la urbanización se halla desconectada de la malla urbana

La urbanización en cuestión se hallaba desconectada de la malla urbana. Y los propietarios aducían que las NNSS del Condado de Treviño –que no exigían las obras de ampliación y refuerzo de los sistemas generales– se habían aprobado antes de la entrada en vigor de la Ley 6/1998, "sobre régimen del suelo y valoraciones", por lo que no les sería exigible lo dispuesto en el artículo 18.3 de la misma.

Esta pretensión es rechazada por la **STS de 28 de abril de 2004,** Ar. 4760, puesto que el deber de ejecutar las infraestructuras de conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación, así como las obras precisas para la ampliación y refuerzo de los mismos derivadas de las intensidades de uso que genera la nueva urbanización no es ninguna novedad impuesta por la Ley 6/1998:

> "Cuarto.– Estos deberes venían impuestos en el ordenamiento urbanístico anterior a la entrada en vigor de la mencionada Ley 6/1998, de 13 de abril, y así el artículo 70.3 del Reglamento de Planeamiento, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio,

establece que los Proyectos de Urbanización deberían resolver el enlace de los servicios urbanísticos con los generales de la ciudad, entre cuyos servicios están los de comunicaciones, abastecimiento de aguas, alcantarillado, distribución de energía eléctrica, alumbrado público y cualquier otro que se estime necesario (artículo 13 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976), ordenando el artículo 52.1 del mismo Reglamento de Planeamiento que el Plan Parcial determinará el trazado y características de la red de comunicaciones propias del sector y su conexión con el sistema general de comunicaciones previsto en el planeamiento que desarrolla, mientras que el artículo 70.2 de dicho Reglamento dispone que se incluirán en el Proyecto de Urbanización los servicios urbanísticos referidos en el artículo 53.2 cuando se hayan estimado necesarios en el Plan Parcial."

En idéntico sentido se pronuncia también la **STS de 12 de mayo de 2004,** Ar. 4768.

3. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

Los aeropuertos son sistemas generales: Un suelo incluido en un sistema general dotacional, a pesar de estar clasificado como no urbanizable, su valoración, a efectos de ejecutar éstos por el sistema de expropiación debe hacerse como si de suelo urbanizable se tratase, y si cuenta con los servicios que marca la ley, es suelo urbano.

En este sentido se han pronunciado, entre otras, las **SSTS de 12 de diciembre de 2003,** Ar. 8533, **de 22 de diciembre de 2003,** Ar. 9435 **y de 22 de diciembre de 2003,** Ar. 9436, en cuyos Fundamentos Jurídicos 4º, para la primera, y 5º, para las últimas, se puede leer:

"(...) C.–Debemos, en cambio, dar la razón al recurrente en cuanto al otro aspecto de su argumentación: naturaleza de sistema general que tienen los sistemas de comunicaciones y, entre ellos, los aeropuertos, en la medida en que –y volvemos a emplear la expresión utilizada más arriba– contribuyan a 'crear ciudad', como es aquí el caso, matización esta que importa no olvidar.(...)

El sistema general de comunicaciones –repetimos: en la medida en que sirva para crear ciudad–, es materia específica de los Planes de urbanismo y éstos lo tienen que recoger en sus determinaciones. Cuando el Plan General de Madrid lo hace, está cumpliendo un mandato que –como hemos dicho– es una constante en nuestra legislación urbanística, en cambio, cuando el de Alcobendas lo omite, está incumpliéndolo. Y por eso tal circunstancia no puede alterar el mandato mencionado hasta el punto de desvirtuar su contenido por la fuerza de los hechos. En suma, al tratarse de una instalación vinculada al sistema general de comunicaciones, es indiferente que se encuentre reflejada o no en el planeamiento urbanístico, para que tenga un tratamiento conforme a lo dispuesto en dicho planeamiento.

A la misma conclusión se llega partiendo del concepto material del propio sistema general, que la doctrina jurisprudencial ha vinculado al 'destino' del suelo expropiado, destino que, según dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1997 (RTC 1997\61), 'no depende del título que formalmente se le atribuye'. Es de citar también la

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1999 (RJ 1999\7277), en la que se contempla el supuesto de un terreno clasificado como no urbanizable, clasificación que, después de ejecutar el Proyecto, se altera en las Normas Subsidiarias para posibilitar así la creación de un centro universitario. Y por ello la sentencia habla de que hay propósito fraudulento en tal forma de proceder con la finalidad única de evitar el valor urbanístico en la expropiación realizada, argumento que incide en la falta de relevancia de la formal descripción del planeamiento al no recoger éste el uso dotacional.

D.–Así pues, y habida cuenta de que, en el caso que nos ocupa, nos hallamos ante un suelo incluido en un sistema general dotacional, (...) y 'a pesar de estar clasificado como no urbanizable el suelo de uso dotacional o para sistemas generales, su valoración, a efectos de ejecutar éstos por el sistema de expropiación debe hacerse como si de suelo urbanizable se tratase', razón por la que 'el justiprecio del suelo ha de atender a la finalidad urbanística del mismo, por lo que no cabe valorar como no urbanizable aquel cuyo destino es ser urbanizado' (...). La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2000 (RJ 2000\7368) y otras que se refieren a igual Proyecto señala que 'el suelo de sistemas generales, si cuenta con los servicios que marca la Ley, es suelo urbano. Y si no cuenta con ellos, cabe decir, como única posible alternativa contraria, que, cualquiera que sea el tipo de suelo en el que está incluido, tendrá, a efectos de su valoración, naturaleza de suelo urbanizable, con apoyo legal en el artículo 26.2 del Reglamento de Planeamiento (RCL 1978\1965) y su tasación ha de hacerse con arreglo al valor urbanístico. Ello es plenamente coherente con la equidistribución y los sistemas de obtención de sistemas generales'(...)"

4. OTORGAMIENTO DE LICENCIA DE OBRAS: SOMETIMIENTO DE LA MISMA A CONDICIONES

El Tribunal Supremo, en su **STS de 23 de junio de 2004,** Ar. 5794, se plantea la validez de unas condiciones, –básicamente concretadas en la obligación de ejecutar completamente las obras de urbanización de forma simultánea a la edificación–, que el Ayuntamiento de Utebo había impuesto a los solicitantes de una licencia de construcción de viviendas unifamiliares.

Los recurrentes impugnan el acto municipal por entender que los referidos condicionamientos solamente pueden recaer en la persona del promotor o del urbanizador y nunca en los terceros adquirentes.

Para el Tribunal Supremo, el problema planteado en la *litis* no es la subrogación del adquirente en los compromisos del anterior propietario, sino la imposición por la Ley de deberes específicos al propietario solicitante de la licencia cuando el mismo desea edificar antes de que se hayan terminado las obras de urbanización y cuando el promotor se halla todavía en plazo para acabarlas según el Plan. El FJ 5º de la Sentencia indica a este respecto:

"1º. Que es el propietario y solicitante de la licencia el que quiere hacer uso de la excepción, adelantándose a la lógica urbanística y a la regla jurídica general, que es que no puede edificarse hasta que el suelo esté urbanizado. Buena razón para que sea él, que desea

aprovechar antes de tiempo los beneficios del planeamiento, el que asuma las cargas del compromiso y de la fianza.

2º. Que si las cosas fueran de otra forma, podría ocurrir (como ocurre en el presente caso) que el solicitante de la licencia anticipada impusiera con su solicitud una reducción de los plazos que el promotor tiene legalmente para terminar las obras de urbanización, sólo por su deseo de edificar antes de tiempo. Este deseo tiene un coste, y es que asuma los compromisos exigidos por la Ley."

5. RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA: ANULACIÓN DE LICENCIA POR VULNERACIÓN DE UNA NORMA DE APLICACIÓN DIRECTA

La **STS de 4 de mayo de 2004,** Ar. 5298, resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Vigo frente al Auto el Tribunal Superior de Justicia de Galicia por el que se denegó, en pieza de ejecución de sentencia, la declaración de inejecución de la sentencia del propio Tribunal Supremo de 18 de abril de 2000. En la misma se anuló la licencia de obras otorgada por el Consistorio municipal para la construcción de una edificación de tres bloques de adosados que debían ubicarse en un entorno que contaba en sus proximidades con unos pazos, jardines, bosques y masas arboladas, conjunto de indudable singularidad paisajística y valor que, a juicio de la Sala sentenciadora podría verse amenazado por la construcción proyectada, que constituiría una implacable pantalla absolutamente disonante con el mismo, e incluso con la propia entidad y características de la casas-viviendas sitas en sus proximidades, y que se presenta, por consiguiente, como un supuesto evidente de infracción del artículo 73 de la Ley del Suelo de 1976.

El órgano municipal argumenta, en su escrito de casación, un exceso de ejecución de la sentencia por parte de la Sala de instancia, al entender que la restauración de la legalidad urbanística no pasa forzosamente por la demolición de lo construido, sino que sería posible encajar el edificio en el entorno mediante un Plan Especial que contemplase y regulase las zonas próximas al contorno paisajístico, (en el que se incluirían medidas tales como el establecimiento de una pantalla vegetal resistente a la contaminación y con capacidad de filtrado del ruido y la formación de áreas verdes con especies de carácter autóctono que conecten el área natural contigua con otras áreas naturales exteriores, que minimicen el carácter de barrera visual de la edificación), instrumento de planificación que él mismo había ya redactado.

Frente a esta pretensión, el Tribunal Supremo mantiene los siguientes argumentos:

Primero, y por lo que se refiere a la facultad de anulación del órgano judicial de una licencia que conculca una norma de aplicación directa, como es la obligación de las construcciones de adaptarse al entorno en el que se ubican (artículo 73 de la Ley del Suelo de 1973), el FJ 12º señala que el carácter positivo de la misma lleva a considerar como consecuencia de su conculcación, la anulabilidad del acto o disposición que la transgreda, sin necesidad de que la misma sea desarrollada ulteriormente por otra disposición.

Segundo, en atención a las posibilidades que asiste al juez de establecer los efectos de la anulación del acto administrativo impugnado y de ordenar la ejecución de este fallo, que la consecuencia inherente a la anulación de la licencia por la causa analizada en el presente supuesto es, o bien el derribo de la construcción, o bien su modificación externa, de suerte que la edificación que finalmente quede, si alguna fuera posible, cumpla la exigencia legal. Además, resulta irrelevante que el fallo de la sentencia se limitara a anular el permiso municipal, sin ordenar expresamente ninguna de aquellas posibles actuaciones, "(…) pues es también doctrina constitucional la que integra en el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias la llamada garantía de interpretación finalista del fallo, que infiera de él todas sus naturales consecuencias" (FJ 6º).

Tercero, frente al argumento del Ayuntamiento de Vigo de que la aprobación inicial del Plan Especial de Protección del entorno de las construcciones constituye causa de imposibilidad legal de ejecución de la sentencia, el Tribunal señala que no es efecto inherente al pronunciamiento anulatorio una actuación consistente en la acomodación de la edificación al entorno, puesto que "la causa o título impositivo de ésta no sería nunca el pronunciamiento jurisdiccional anulatorio de la licencia de obras, sino la decisión administrativa adoptada en el ejercicio de las potestades de planeamiento u ordenación. Si esta acomodación es jurídicamente posible, podrá surgir entonces, tras la acomodación y siempre que ésta satisfaga las exigencias del ordenamiento jurídico, entre ellas la relativa al ejercicio no arbitrario de las potestades de planeamiento y ordenación territorial, un supuesto de imposibilidad legal de ejecución de aquella sentencia. Pero sólo entones. No con el solo anuncio de que una actividad planificadora u ordenadora en tal sentido ha sido ya iniciada. Entre otras razones, porque con este solo anuncio, sin la aprobación definitiva de la modificación, no cabe tener a ésta por jurídicamente existente, ni le cabe al Tribunal de la ejecución decidir si tal aprobación incurre, o no, en el supuesto de nulidad de pleno derecho que contempla el artículo 103.4 de la Ley 29/1998" [FJ 6º B)]. En definitiva, el órgano jurisdiccional no puede sustituir el fallo y sus naturales consecuencias por un pronunciamiento que autorizara como medio de ejecución, la redacción, aprobación y ejecución de un Plan Especial cuya definitiva aprobación, su licitud y aptitud para restablecer la legalidad urbanística vulnerada no era más que un futurible (FJ 13º).

Por todo ello, concluye la Sala que la consecuencia lógica del pronunciamiento anulatorio de la licencia debe llevar a la demolición del edificio, "en tanto en cuanto los interesados en la ejecución no ofrezcan, sin más dilación, una solución distinta, que esté definida, detallada, precisada y aprobada en la medida en que deba serlo, y que, por estarlo, pueda ser analizada por el órgano jurisdiccional a los efectos de decidir si con ella se restablece, lícita y plenamente, la legalidad conculcada, hasta el punto de hacer innecesaria una actuación distinta a la ofrecida" (FJ 11º).

La Sentencia culmina con un interesante voto particular formulado por el Magistrado Ernesto Peces Morate, que debemos mencionar someramente aunque su contenido no sea objeto de esta crónica referente al Urbanismo. Sostiene el Magistrado discrepante que el recurso de casación frente al Auto dictado por la Sala de instancia ordenando ejecutar en sus propios términos la sentencia firme debía haber sido declarado inadmisible o desestimado, ya que, a su juicio, sólo son susceptibles de recurso de casación los autos

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, pero no aquellos que se limitan a ordenar la ejecución de la sentencia, por así disponerlo el artículo 87.1.c) de la actual Ley Jurisdiccional de 1998.

6. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL POR LA ANULACIÓN DE UNA LICENCIA DE OBRAS

La **STS de 31 de mayo de 2004,** Ar. 5517, amplía la cuantía de la indemnización inicialmente estimada por la sentencia de instancia a una inmobiliaria por la anulación de una licencia de construcción de un edificio que a la misma había concedido el Ayuntamiento de Ceuta.

La licencia que está en el origen de los daños y perjuicios sufridos por la recurrente fue suspendida por el órgano de gobierno municipal y remitida a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la entones Audiencia Territorial de Sevilla, quien en Sentencia de 9 de enero de 1987, acordó levantar la suspensión decretada, decisión que es confirmada posteriormente en apelación por el Tribunal Supremo.

La sentencia del Tribunal *a quo* había considerado indemnizables solamente los perjuicios sufridos como consecuencia de la paralización y aplazamiento de la ejecución de las obras, puesto que, a su parecer, en ningún caso se produjo la anulación de la licencia por el Tribunal Supremo, sino el levantamiento de la suspensión de sus efectos. Además, este pronunciamiento judicial no implicó la reanudación de las obras primigeniamente proyectadas, puesto que la licencia cuya suspensión se resuelve no conservaba su inicial eficacia, y no por una decisión administrativa que produjera su invalidez, sino por la conducta del titular de la misma, que renunció a ella, obteniendo posteriormente una nueva licencia. Además, el daño sufrido por la paralización de la obra podría verse compensado con el mayor precio de venta de la edificación que con dicho retraso se obtuvo.

El Tribunal Supremo, partiendo de la regla general de que la anulación de un acto administrativo no conlleva siempre y en todo caso el deber de indemnizar al afectado, incrementa la cifra de la reparación inicialmente apreciada por la Sala de instancia, entendiendo entre los conceptos indemnizables los honorarios facultativos del primer proyecto y demoliciones, daños derivados debidos a la suspensión administrativa indebidamente acordada; daños acusados a la imagen de la empresa, cuya cuantía se compensa con los beneficios que el nuevo proyecto comporta en la atracción a compradores; y las cuantías derivadas de la actualización de la deuda y el interés legal de demora.

Luis Ortega Álvarez
Consuelo Alonso García
Francisco Delgado Piqueras
Antonio Villanueva Cuevas
Rubén Serrano Lozano

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL

Sumario:

1. Consideración previa. 2. Bienes locales. A) Los bienes destinados a un servicio público. Normas aplicables. **3. Aguas continentales.** A) Administración hidráulica: distinción de funciones de la Comisión de Desembalse y del Comité Permanente del Organismo de cuenca. B) Aguas privadas: inscripción en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal; cambio de destino del uso agrícola para regar un campo de golf. C) Aguas subterráneas: no se trata de aguas termales ni de competencia a favor del Departamento de Industria. D) Aprovechamientos hidroeléctricos: debate sobre si un Sindicato Central de Regantes puede ser titular de un salto. E) Concesión para usos domésticos otorgada a Comunidad de Usuarios. F) Inscripción de aprovechamiento de aguas públicas adquirido por prescripción conforme a la legislación anterior. G) Obras hidráulicas: criterios para determinar su consideración como obras públicas de interés general. H) Sequía y sobreexplotación de acuíferos. **4. Aguas marítimas.** A) Las competencias autonómicas desplegadas sobre el demanio costero no pueden imponerse a la titularidad estatal del mismo. B) Deslinde. a) Declara demanio costero lo que por naturaleza, y con carácter permanente, es tal, con independencia de alteraciones puntuales. b) Procedimiento de deslinde. a') La falta de citación personal a los interesados en el deslinde supone un vicio de anulabilidad subsanable mientras no produzca indefensión. b') Las modificaciones no sustanciales del deslinde definitivo no precisan de nueva audiencia a los propietarios afectados. c') No existe plazo de caducidad del procedimiento de deslinde. d') No existe desviación de poder por el reconocimiento de la demanialidad de unos bienes que, por naturaleza, son tales, en contra del criterio de los particulares. c) Caben posteriores deslindes correctores, sin que ello implique revisar de oficio o declarar lesivo el previo. d) Efectos del deslinde: declara la posesión y la titularidad dominical estatal de los bienes calificados a su consecuencia como demaniales. e) La jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de la impugnación de la resolución del procedimiento de deslinde. C) Limitaciones sobre propiedades colindantes: la extensión de la servidumbre de protección sobre suelo urbanizable programado depende de la existen-

cia de Plan Parcial aprobado a la entrada en vigor de la Ley de Costas. D) Usos privativos del demanio marítimo: las concesiones otorgadas a perpetuidad al amparo de la legislación anterior no implican transmisión de propiedad. E) Puertos: los Consorcios de Zonas Francas son, pese a la porosidad de su *nomen iuris*, auténticos entes públicos cuya actuación es controlada por la jurisdicción contencioso-administrativa. **5. Carreteras.** A) Autorizaciones en zona de afección: existencia de planes o proyectos de ampliación o variación de carreteras. B) Construcción de carreteras: estudios informativos. Discrecionalidad de la Administración para elegir el trazado. C) Proyectos de accesos a las carreteras estatales: posibilidad de suscripción por Ingenieros Industriales, además de por Ingenieros de Caminos y por Ingenieros Técnicos de Obras Públicas. **6. Minas. 7. Patrimonio cultural. 8. Propiedades públicas. Régimen económico-financiero.** A) Aguas continentales: Canon de vertidos: prueba del coeficiente de contaminación. B) Otro dominio público. a) Tasas por la utilización del dominio público local: varias cuestiones sobre la tributación de las empresas suministradoras que prestan servicios a la generalidad de la población. b) Tasas por la utilización del dominio público local: cajeros automáticos dispuestos con frente directo a la vía pública. c) Tasas por la utilización del dominio público radioeléctrico: efectos de la entrada en vigor de la Ley General de Telecomunicaciones.

1. CONSIDERACIÓN PREVIA

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia núm. 4883 a la 6884 del RA (cuadernillos 19 a 25) y la Constitucional desde la 180/2004, de 2 de noviembre, hasta la 255/2004, de 23 de diciembre.

2. BIENES LOCALES

A) Los bienes destinados a un servicio público. Normas aplicables

En los bienes destinados a un servicio público prima la gestión del servicio público. De ahí que no sea posible aplicar directamente las normas contenidas en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986. En primer lugar, será necesario acudir a la normativa sectorial. A estos efectos se considera normativa sectorial la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus previsiones relativas al contrato de concesión de obras públicas, en las que se prevé la entrega de la explotación de las obras públicas construi-

das a la empresa constructora. Esta aplicación prioritaria de la normativa reguladora de contratación puede apreciarse en la **STS de 31 de marzo de 2004,** Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 5437, en la que se enjuiciaba la legalidad de determinado contrato de concesión de obras públicas.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Administración hidráulica: distinción de funciones de la Comisión de Desembalse y del Comité Permanente del Organismo de cuenca

La **STS de 15 de abril de 2004,** Ar. 3757, confirma la Sentencia del TSJ de Aragón que entendió válida una Resolución del Presidente de la CH del Ebro de 1997 sobre llenado y vaciado de un embalse, que fue adoptada siguiendo el criterio mayoritario de los miembros de la Comisión de Desembalse, a pesar del voto en contra de un representante de un Consorcio que formaba parte de la misma. No puede aducirse que la decisión debió tomarse por el Comité Permanente, pues aunque este órgano debe constituirse automáticamente en casos de avenidas u otras circunstancias de tipo excepcional para ordenar medidas extraordinarias conforme dispone el artículo 49 del RAPA de 1988, ello no implica que la Comisión de Desembalse no tenga que proponer el régimen adecuado de llenado y vaciado de embalses en atención a múltiples circunstancias, entre las que se encuentran también los riesgos de inundaciones o desbordamientos, si bien en este supuesto deben atenderse los derechos concesionales de los distintos usuarios por efecto del artículo 45 del RAPA, a diferencia de lo que ocurre cuando la situación de emergencia se solventa por el Comité Permanente. No obstante, en este caso no ha quedado probado que los intereses del Consorcio no se hayan respetado.

B) Aguas privadas: inscripción en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal; cambio de destino del uso agrícola para regar un campo de golf

Conforme a la Disposición Transitoria Tercera.1 de la Lag. de 1985 (posterior Disposición Transitoria Tercera.1 del TR de Lag. de 2001), quienes, de acuerdo a la Lag. de 1879 ya derogada, fueran titulares de algún derecho sobre aguas privadas procedentes de pozos podían acreditar en el plazo de 3 años, a partir de la entrada en vigor de la Lag. (desde el 1 de enero de 1986) su derecho a la utilización del recurso, ante el Organismo de cuenca, para su inscripción en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas, debiendo respetar la Administración ese régimen de aprovechamiento en relación a los caudales efectivamente utilizados, por un plazo de 50 años, que al término de ese plazo se ha de convertir en derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa. En la **STS de 1 de junio de 2004,** Ar. 3680, se interpreta la expresión "caudales realmente utilizados" que se contiene en esa Disposición Transitoria Tercera.1 de la Lag. de 1985 para dar la razón al TSJ de Castilla-La Mancha que entendió correcta la Resolución de la CH del Guadiana de 1998 que había rechazado la inscripción respecto de 63 hectáreas de riego (tal como indicaba la solicitud del particular), y había reconocido sólo ese derecho en relación a 25 hectáreas, con base en que del informe recaído a tal efecto no se demostraba lo contrario, sin que se hayan vulnerado las normas relativas a la prueba por la Sala de instancia. En un sentido muy similar puede verse la **STS de 4 de junio de 2004,** Ar. 3595.

Por otro lado, aunque también versa sobre la interpretación de la Disposición Transitoria Tercera de la Lag. de 1985, en la **STS de 14 de abril de 2004,** Ar. 4955, se analiza una problemática distinta, pues el conflicto gira en torno a si es posible una mera autorización o visto bueno de la Administración hidráulica para cambiar el aprovechamiento temporal inscrito en el Registro de Aguas para uso agrícola, por otro consistente en el riego de un campo de golf. El TS estima que ello no es admisible si se tiene en cuenta lo previsto en la Disposición Transitoria Tercera.3 de la Lag. que preveía y sigue previendo que en el supuesto de inscripción de aprovechamientos temporales de aguas privadas, tanto el incremento de los caudales utilizados, como la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión. De uno de los informes obrantes en el expediente administrativo derivaba que si se autorizase sin más el cambio de uso que se pretende, ello podría provocar la contaminación de los restantes pozos de la zona donde se ubican diversas urbanizaciones, dado que el acuífero controvertido cuenta con pocos recursos, y está afectado por intrusión marina y fuerte concentración de nitratos, de ahí que sea indispensable la obtención de una concesión, sujeta a un procedimiento que habrá de tener presente el orden de prioridad de usos que prevé la normativa de aguas.

C) Aguas subterráneas: no se trata de aguas termales ni de competencia a favor del Departamento de Industria

Se considera acertada la anulación llevada a cabo por el TSJ de Cataluña de unas Resoluciones de la Dirección General de Energía de la Generalitat de 1994 por la **STS de 5 de mayo de 2004,** Ar. 3470, debido a que no se consiguió demostrar por el Departamento de Industria que estuviéramos ante un supuesto de aguas termales, y que por tanto la competencia para ordenar la paralización de los trabajos de captación de aguas que realizaba una empresa correspondiese a dicho Departamento. Al no quedar probado en primera instancia que en los dos pozos controvertidos se diese la existencia de aguas termales según la definición que de las mismas se encuentra en el artículo 23.2 de la Ley de Minas de 1973, debe aplicarse la legislación de aguas, ello se deduce *a sensu contrario* de lo contenido en el artículo 1.4 de la Lag. De este modo, la apertura de expediente sancionador o el requerimiento para la suspensión de los trabajos ilegales de captación de aguas subterráneas compete a la Administración hidráulica, que en el presente caso lo es la Junta de Aguas (posterior Agencia Catalana del Agua).

D) Aprovechamientos hidroeléctricos: debate sobre si un Sindicato Central de Regantes puede ser titular de un salto

Siguiendo jurisprudencia anterior [*v. gr.*, STS de 19 de enero de 2004 –crónica XII.3.C) del núm. 25 de esta Revista–], la **STS de 24 de mayo de 2004,** Ar. 3789, considera que no puede entenderse correcta la adjudicación que se realizó a favor del Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo-Segura por Orden de 20 de mayo de 1993, a raíz del concurso celebrado para obtener la concesión hidroeléctrica del salto de Belmontejo (Cuenca), ya que en ese momento las Ordenanzas del Sindicato Central no contemplaban la finalidad de producción hidroeléctrica entre sus objetivos, ni tampoco regía en aquella fecha el párrafo introducido por el artículo 115.7 de la Ley 46/1999 (después recogido en el artículo 125.2 del TR de Lag. de 2001), que permite expresamente que

las Comunidades de Usuarios y las Juntas Centrales de Usuarios puedan ser beneficiarios directos, sin concurrencia, de concesiones de las obras hidráulicas que les afecten.

E) Concesión para usos domésticos otorgada a Comunidad de Usuarios

El TS en la **STS de 29 de junio de 2004,** Ar. 5220, admite la validez de la concesión de aguas públicas del Manantial Rego da Rigueira que la CH del Norte otorgó en 1997 a una Comunidad de Usuarios con destino a usos domésticos, sin que pueda prosperar el recurso de casación que formulan unos particulares contra dicha Resolución. No ha quedado acreditado que los recurrentes contasen con un derecho de aguas privadas procedentes de manantiales conforme a la Lag. de 1879 a que alude la Disposición Transitoria Segunda de la Lag. de 1985, o que hubiesen solicitado la transformación de ese derecho en un aprovechamiento temporal en el plazo de 3 años previsto en dicha Disposición Transitoria Segunda de la Lag., por lo que no pueden (al hilo del expediente concesional de 1993 instado por la Comunidad de Usuarios) oponer su pretendido derecho a la concesión que se otorga a la mencionada Comunidad.

F) Inscripción de aprovechamiento de aguas públicas adquirido por prescripción conforme a la legislación anterior

Según resulta de la Disposición Transitoria Primera de la Lag. de 1985 (posterior Disposición Transitoria Primera del TR de Lag. de 2001), quienes conforme a la Lag. de 1879, fueran titulares de aprovechamientos de aguas públicas en virtud de prescripción acreditada, seguirán disfrutando de sus derechos, durante un plazo máximo de 75 años desde el 1 de nenero de 1986, y se añade por la misma Disposición que pueden legalizarse dichos aprovechamientos mediante inscripción en el Registro de Aguas, a través de acta de notoriedad en el plazo de tres años desde la entrada en vigor de la Lag. de 1985, gozando la tramitación de las actas de notoriedad que se tramiten en ese período de la exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales o de cualquier tasa. La **STS de 20 de julio de 2004,** (Sala de lo Civil), Ar. 4450, interpreta esta Disposición Transitoria Primera de la Lag., y llega a la conclusión –para el caso que se discute– de que aunque los aprovechamientos adquiridos por prescripción de 20 años que permitía el artículo 409 del CC (precepto derogado por la Disposición Derogatoria y por el artículo 50.2 de la Lag. de 1985) pueden ser legalizados hasta el 1 de enero de 1989, los no inscritos en ese plazo también pueden ser inscritos en el Registro de Aguas, con la peculiaridad de que no disfrutarán de los beneficios fiscales a que se alude en la propia Disposición Transitoria Primera de la Lag. En el presente litigio, los particulares que aducen el derecho de prescripción contaban con un Acuerdo de cesión de los aprovechamientos de 28 de mayo de 1927 del Ayuntamiento de Carcabuey, lo que según entiende el TS es título que les permite la tramitación de la inscripción controvertida.

G) Obras hidráulicas: criterios para determinar su consideración como obras públicas de interés general

Como se recordará, el artículo 44 de la Lag. de 1985 exigía que las obras públicas de carácter hidráulico que fuesen de interés general o cuya realización afectase a más de una Comunidad Autónoma habrían de ser aprobadas por Ley e incorporadas al PHN, lo cual ha sido matizado por el actual artículo 46 del TR de Lag. de 2001 que deslegaliza esa exigencia

para algunos supuestos. En la **STS de 12 de mayo de 2004,** Ar. 3873, se interpreta el primer precepto citado (dada la fecha del supuesto que se analiza) y se llega a la conclusión de que antes de acometer la ejecución de las obras concernientes al proyecto de canalización del río Llobregat aprobado por el Ministerio de Medio Ambiente en 1998, la Administración debió encontrarse habilitada por una norma con rango de Ley. No puede admitirse lo afirmado por la AN en la Sentencia que se recurre acerca de que en este supuesto no era precisa la declaración de interés general al afectar la obra a muy pocos kilómetros.

Hay varias razones para sostener lo contrario según el TS: el artículo 8 de la Lag. no impide que se requiera habilitación legal para la modificación del cauce de un río aunque ya cuente con concesión administrativa; el río mencionado es uno de los más importantes de Cataluña; el tramo a que alude el proyecto es el correspondiente a la desembocadura que influye a su vez en el dominio público marítimo-terrestre; o el elevado coste de su realización. De esta forma, ha de anularse la Resolución que aprobó el proyecto, y debe prosperar la pretensión de la entidad recurrente en casación (Comunidad de Usuarios del Delta Oriental del río Llobregat).

H) Sequía y sobreexplotación de acuíferos

En la **STS de 9 de marzo de 2004,** Ar. 3483, se considera conforme a derecho el Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta de Gobierno de la Confederación Hidrográfica del Júcar de 1996, por el que se autorizó con carácter excepcional la asignación de 2 hm^3 de agua desde el embalse de Alarcón para el abastecimiento de la población de los municipios de la comarca de la Marina Baja (Alicante), no admitiéndose la pretensión anulatoria aducida por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Entre los argumentos sostenidos por la parte recurrente destaca el de que debía haberse utilizado Ley para acometer la transferencia de recursos hidráulicos prevista, si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 43 de la Lag. de 1985 (actual artículo 45 del TR de Lag. de 2001), ya que el Acuerdo recurrido pone a disposición de la CH del Segura 2 hm^3 de agua de la cuenca del Júcar.

Sin embargo, el TS opina de modo distinto, pues en este supuesto no se está ante un trasvase entre ámbitos territoriales de distintos Planes Hidrológicos de cuenca a que alude el mencionado artículo 43 Lag., sino que se trata de un trasvase interno dentro del ámbito geográfico y de actuación jurídica de la CH del Júcar. De manera que la normativa a aplicar en este caso lo era el artículo 56 de la Lag. de 1985 (posterior art. 58 del TR de Lag.), el RD 134/1994, de 4 de febrero (prorrogado en su vigencia por RD 2029/1995, de 22 de diciembre) de medidas administrativas especiales para la gestión de los recursos hidráulicos, y el RD 650/1987, de 8 de mayo (por el que se definen los ámbitos territoriales de los Organismos de cuenca y de los Planes Hidrológicos), y no se ha demostrado que el Acuerdo recurrido vulnerase dicha normativa, o que no concurriese el presupuesto fáctico determinante para la adopción de la medida controvertida como es la excepcional sequía.

Fuera de ello, en la **STS de 30 de junio de 2004,** Ar. 4325, siguiendo jurisprudencia anterior [así, SSTS de 18 de marzo de 1999 –crónica XII.3.I) del núm. 6 de esta Revista–, y de 22 de

septiembre y 18 de diciembre de 2001 –crónica XII.3.F) del núm. 17 de *Justicia Administrativa*–] se considera que la indemnización solicitada por una empresa es improcedente, pues aunque es cierto que del RD 393/1988, de 22 de abril, que declaraba la sobreexplotación del acuífero 24 del Campo de Montiel, y de las Resoluciones de la DGOH que lo siguieron de 1989 y de 1991, se derivaba la prohibición de riego con los perjuicios que ello comporta, también lo es que no se trata de una privación singular indemnizable, sino de una delimitación general del uso del dominio público hidráulico, que es aplicable al caso de las aguas privadas, por efecto de lo dispuesto en el artículo 56 y la DT Tercera.4 de la Lag. de 1985.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Las competencias autonómicas desplegadas sobre el demanio costero no pueden imponerse a la titularidad estatal del mismo

En la medida en que los bienes integrantes del dominio público marítimo-terrestre no se aíslan del territorio en el que se asientan, es de todo punto lógica la confluencia sobre ellos de competencias diversas, atribuidas a niveles públicos distintos, y que, en ocasiones, pueden entrar en colisión con la titularidad estatal que aquella demanialidad implica. A una de estas ocasiones se refiere la extensa **STS de 28 de enero de 2004,** Ar. 5785, en la que se analiza el modo en que debe interpretarse jurídicamente la concurrencia de la titularidad indicada y la competencia autonómica sobre Patrimonio Histórico, a raíz de la consideración demanial –consecuencia de un deslinde– de un bien declarado de interés cultural por la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El Tribunal Supremo repasa, a los efectos, la jurisprudencia constitucional existente al respecto, concretamente las Sentencias por las que se resuelven los recursos de inconstitucionalidad presentados frente a las Leyes de Patrimonio Histórico-Artístico Español de 1985, de Costas de 1988 y de Aguas de 1985. Para concluir, de ella, en una cuestión evidente: nunca el reconocimiento de competencias autonómicas puede conllevar una afectación negativa a los intereses generales, constituyendo éstos un límite a su ejercicio. En muchas ocasiones, estos intereses están defendidos a través de la detentación de atribuciones estatales, como es el caso de la titularidad del demanio costero que, por esta razón indicada, y en aras a aquel fin, puede condicionar las utilizaciones que del mismo se realicen, e incidir en última instancia sobre el ejercicio de las competencias autonómicas.

En análogo sentido, debe convenirse en que aquellos títulos competenciales autonómicos carecen de potencialidad jurídica para alterar o sustraer el régimen estatal en relación con el dominio público marítimo-terrestre o, más concretamente, para convertir a sus detentadoras en titulares de los bienes del demanio costero sobre los que esas competencias pudieran ser ejercidas, presentando, en este sentido, la mera posición de titulares de un derecho concesional de uso. En ningún caso tales competencias pueden imponerse a la titularidad demanial del Estado. Ni aunque existan –como invocaba la Comunidad recurrente– inscripciones registrales a su favor, derivadas de un procedimiento expropiatorio del bien de interés cultural emplazado sobre el demanio costero; procedimiento en el que, por cierto, la Administración costera ya manifestó la realidad de las cosas, permitiendo simplemente el acceso registral del título concesional.

B) Deslinde

a) Declara demanio costero lo que por naturaleza, y con carácter permanente, es tal, con independencia de alteraciones puntuales

De nuevo en estas crónicas periódicas de jurisprudencia sobre dominio público marítimo-terrestre hay que dejar constancia de la aparición de un buen número de pronunciamientos que insisten en el que es 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 **(STS de 9 de junio de 2004,** Ar. 5664, FJ 5º).

Es el caso de las playas, que integran el demanio costero *ex* artículo 3.1.b de la Ley de Costas **(SSTS de 4 (dos) y 5 de mayo de 2004,** Ar. 5186, FJ 5º, Ar. 5258, FJ 5º y Ar. 5442, FFJJ 4º y 6º, respectivamente). Y de las dunas, sustantivadas demaniales por el mismo precepto **(SSTS de 2 y 9 de junio y 7 de julio de 2004,** Ar. 5788, FJ 8º, 5664, FJ 6º y 5275, FJ 6º). Y, asimismo, de la zona marítimo-terrestre [artículo 3.1.a) de la Ley de Costas], dentro de la que se incluyen aquellos terrenos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, de las olas, o de la filtración del agua del mar (**STS de 7 junio 2004,** Ar. 5308, FFJJ 2º, 4º, 8º y 9º). En cualquier caso, todos estos bienes conservarán siempre su conformación demanial, puesto que tal naturaleza tiene carácter permanente y sólo podrá abandonarse por la desafectación de los mismos. Esto significa que no se verá afectada por eventuales alteraciones puntuales de sus características como consecuencia de su incorporación a un proceso urbanizador (**SSTS de 4, 5, 11 y 19 de mayo y 2 de junio de 2004**, Ar. 5186, FJ 7º, Ar. 5300, FJ 2º, Ar. 5302, FJ 6º, Ar. 5304, FJ 3º y Ar. 5788, FJ 6º).

Por supuesto, y como también se hizo constar previamente en esta misma revista, la inclusión de estos y otros bienes en el dominio público marítimo-terrestre a consecuencia de un procedimiento de deslinde es independiente del hecho concreto de que bienes contiguos, con características similares, queden a su margen. Lo relevante no es que otros terrenos debieran haber sido incluidos en el dominio público marítimo-terrestre, sino que los incluidos realmente tienen esas características. De nuevo insisten en esta interpretación las **SSTS de 5 de mayo y 2 de junio de 2004,** Ar. 5300, FJ 5º y Ar. 5788, FJ 7º.

b) Procedimiento de deslinde

a') La falta de citación personal a los interesados en el deslinde supone un vicio de anulabilidad subsanable mientras no produzca indefensión

Se ha insistido en numerosas ocasiones en que el deslinde del demanio marítimo, como procedimiento administrativo que es, debe sujetarse en su desarrollo a los principios y trámites comunes establecidos por la Ley 30/1992, uno de los cuales es el de audiencia a los interesados. Sin embargo, y como también se ha hecho constar en repetidas oportunidades, la omisión del mismo sólo va a determinar la existencia de vicio de nulidad

invalidante si produce indefensión, lo que no sucede en los supuestos a que se refieren las **SSTS de 11, 12 y 19 de mayo de 2004,** Ar. 5301, FJ 4º, Ar. 5303, FJ 4º y Ar. 5304, FJ 1º. En estos casos, además de haberse comprobado la intervención de los interesados en los procedimientos respectivos, existen asimismo para el Tribunal suficientes elementos de juicio que posibilitan resolver el fondo de los asuntos, lo que permite, a su vez, presuponer que unas eventuales nulidad de actuaciones y repetición del acto viciado no conducirían a resultados distintos de los alcanzados.

En cualquier caso, no debe confundirse la posibilidad de denunciar los vicios formales del procedimiento causantes de indefensión con la acción pública que, contra la resolución aprobatoria del deslinde, reconoce el artículo 109 de la Ley de Costas. La primera sólo compete a los interesados que la hayan sufrido, mientras que la segunda, en la medida que persigue la defensa de la legalidad costera, legitima a cualquier persona para interponer el pertinente recurso contencioso-administrativo. Así lo recuerda el FJ 2º de la **STS de 9 de junio de 2004,** Ar. 5664.

b') Las modificaciones no sustanciales del deslinde definitivo no precisan de nueva audiencia a los propietarios afectados

Reiterando jurisprudencia precedente, el FJ 3º de la **STS de 2 de junio de 2004,** Ar. 5788, recuerda la innecesariedad de abrir un nuevo período de información pública cuando se introduzcan en el acto definitivo de aprobación del deslinde modificaciones no sustanciales respecto de la delimitación provisional realizada previamente, habida cuenta la formulación de sus observaciones en la fase de audiencia previa y, por ende, la ausencia de indefensión.

c') No existe plazo de caducidad del procedimiento de deslinde

Tal y como indican las **SSTS de 19 de mayo y 2 de junio de 2004,** Ar. 4727 y Ar. 5788, FJ 2º, ni la Ley ni el Reglamento de Costas establecen un plazo máximo para dictar resolución conclusiva del procedimiento de deslinde. Tampoco resulta de aplicación el plazo de tres meses que establece con carácter supletorio el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, por tratarse éste de un procedimiento que persigue la protección del interés general al declarar o constatar el dominio marítimo-terrestre definido por la Ley. Para estos casos, es el propio artículo 92.4 de la misma norma el que declara inaplicable la caducidad.

d') No existe desviación de poder por el reconocimiento de la demanialidad de unos bienes que, por naturaleza, son tales, en contra del criterio de los particulares

Resulta casi superfluo destacarlo, pero tal y como recuerdan las **SSTS de 19 de mayo, 2 de junio y 7 de julio 2004,** Ar. 5304, FJ 4º, Ar. 5788, FJ 5º y Ar. 5275, FJ 3º, en ningún momento cabe apreciar arbitrariedad o desviación de poder en el proceder administrativo si, una vez analizados todos los elementos de juicio aportados por las partes en un procedimiento de deslinde, se concluye –por su misma naturaleza y con la oportuna motivación– en la consideración demanial de unos bienes que, hasta el momento, se encontraban inscritos como de propiedad particular.

c) Caben posteriores deslindes correctores, sin que ello implique revisar de oficio o declarar lesivo el previo

Reiterando una doctrina ya expuesta en esta revista, el FJ 6º de la **STS de 4 de mayo de 2004,** Ar. 5186 y el FJ 1º de la **STS de 9 de junio 2004,** Ar. 5664, recuerdan cómo la existencia de un deslinde previo no obsta la realización de otro posterior más preciso, con el fin de subsanar incorrecciones, incomplitudes o inexactitudes. Y ello aunque la morfología de los terrenos permanezca inalterada, bastando la aparición de datos o circunstancias de las que pueda deducirse alguno de aquellos defectos. En este caso, no resulta necesario proceder a la revisión de oficio o a la declaración de lesividad del primero.

d) Efectos del deslinde: declara la posesión y la titularidad dominical estatal de los bienes calificados a su consecuencia como demaniales

Es cuestión suficientemente conocida cómo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la vigente Ley de Costas, el deslinde del demanio marítimo-terrestre declara la posesión y la titularidad dominical en favor del Estado de todos los bienes que, a su consecuencia, queden calificados de tal modo. Por esta razón, los particulares que tengan inscritos a su favor en el Registro de la Propiedad unos bienes ahora declarados 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 porque, como bien explicó el Tribunal Constitucional en la muy conocida Sentencia 149/1991, esa titularidad dominical privada en ningún momento debe identificarse con un derecho patrimonial absoluto, toda vez que las necesidades que impone la protección efectiva del demanio natural (reconocidas expresamente en el artículo 132 de la Constitución) obligan a considerarla como un derecho real atípico, limitado en función de la existencia de regulaciones como las descritas. Así pues, la conversión de la anterior titularidad dominical en la obtención de una concesión sobre los aprovechamientos existentes y el derecho preferente a la misma sobre los derechos que pudieran generarse en un futuro está plenamente justificada, siendo además compensación suficiente por la pérdida de la primera. De esta manera se pronuncian nuevamente las **SSTS de 5 y 11 de mayo y 2 y 7 de junio de 2004,** Ar. 5300, FFJJ 6º y 7º, Ar. 5302, FJ 6º, Ar. 5788, FJ 9º y Ar. 5308, FFJJ 11º y 12º.

e) La jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de la impugnación de la resolución del procedimiento de deslinde

Como reiteradamente se ha hecho constar en estas mismas páginas, la resolución aprobatoria del deslinde puede ser recurrida judicialmente ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Son, por tanto, los Tribunales de este orden los competentes para revisar las decisiones adoptadas por la Administración a lo largo del procedimiento. Así vuelven a recordarlo las **SSTS de 5 y 11 de mayo de 2004,** Ar. 5300, FJ 1º y Ar. 5302, FJ 6º.

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

También en esta ocasión, como en otras anteriores, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha procedido a interpretar el nada sencillo tenor de la Disposición Transitoria Tercera.2.a) de la vigente Ley de Costas. Y, en lo que puede entenderse ya como una línea de argumentación asentada, nuevamente ha insistido en la supeditación de la extensión de la servidumbre de protección que ella misma diseña (100 metros) a la aprobación definitiva por parte de las Administraciones urbanísticas competentes de un Plan Parcial. En efecto, como recuerdan los FFJJ 6º de las **SSTS de 4, 11 y 12 de mayo de 2004,** Ar. 5258, 5301 y 5303, sólo en este último supuesto cabría la reducción de tal servidumbre a una extensión de 20 metros. Y ello por una razón que se infiere de la Disposición Transitoria Octava del Reglamento de Costas de 1989: la posible indemnizabilidad de aprovechamientos urbanísticos atribuidos al suelo hoy afectado por la servidumbre por el instrumento de planeamiento. En estos casos, hay que evitar en lo posible tales indemnizaciones, 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, lógicamente, inferior a los 20 metros establecidos en la legislación costera. Por supuesto, la inacción administrativa en la aprobación definitiva de un Plan Parcial excluye cualquier crítica sobre posibles desatenciones de las competencias autonómicas y municipales en la aprobación del planeamiento y la consiguiente fijación de la superficie gravada con la servidumbre de protección.

D) Usos privativos del demanio marítimo: las concesiones otorgadas a perpetuidad al amparo de la legislación anterior no implican transmisión de propiedad

Claramente recuerda la **STS de 19 de mayo de 2004,** Ar. 5304, FJ 5º, que el otorgamiento de concesiones a perpetuidad o por plazo ilimitado, de la manera permitida por la anterior legislación costera, no supone de suyo la transmisión de la propiedad al concesionario. Por esta razón, los terrenos objeto de las mismas siguen manteniendo su naturaleza demanial –que sólo cedería ante una desafectación que no se ha producido en este caso– y, como tales, seguirán requiriendo de tal título para ser legítimamente usados.

E) Puertos: los Consorcios de Zonas Francas son, pese a la porosidad de su *nomen iuris,* auténticos entes públicos cuya actuación es controlada por la jurisdicción contencioso-administrativa

Como recuerda con acierto la **STS de 28 de junio de 2004,** Ar. 5597, la determinación de la naturaleza jurídica de los Consorcios de Zonas Francas no resulta clara en todas las oportunidades, habida cuenta las variadas composiciones y funciones que suelen presentar. En el supuesto concreto que se analiza en este pronunciamiento (el Consorcio de la Zona Franca de Vigo), el Tribunal deduce su naturaleza jurídico-pública de dos elementos: de los fines que le son propios –gestión de las actividades portuarias en régimen de autoadministración, para lo que tiene conferidas potestades públicas– y de su composición –Ayuntamiento y Administración costera, actuante a través de la Autoridad Portuaria–. De ello resulta la innegable competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para enjuiciar todas las actuaciones que aquél realice en relación con tales fines, incluidos los

supuestos de responsabilidad patrimonial derivada de los daños causados como consecuencia de esas mismas actuaciones.

5. CARRETERAS

A) Autorizaciones en zona de afección: existencia de planes o proyectos de ampliación o variación de carreteras

En primer lugar, debemos mencionar en este punto la **STS de 26 de mayo de 2004**, Ar. 3543, que revoca la Sentencia del TSJ de Cataluña de 1998, y considera adecuada a Derecho la resolución del Gobierno catalán, que había denegado la autorización de una estación de servicio junto a una carretera autonómica (en su zona de afección).

En este caso, se analiza la aplicación por la Administración del artículo 82.1 del Reglamento de Carreteras de 1977, que establece que si ha sido aprobado un proyecto de carreteras, no podrá otorgarse la autorización.

El Tribunal de instancia consideró que sólo si se ha aprobado definitivamente el proyecto cabrá denegar la autorización, pero el TS estima que el espíritu de la Ley de Carreteras de 1988 es distinto (en concreto, su artículo 23.4), y que es suficiente para denegar la autorización con que quede acreditada la voluntad de la Administración de proceder a construir una carretera en el lugar donde se solicita la autorización. En este caso, se encontraba en fase de redacción un estudio informativo sobre el desdoblamiento de esa carretera, por lo que el TS considera que la denegación de la autorización fue correcta.

Por otra parte, la **STS de 19 de julio de 2004,** Ar. 5293, confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2001, que consideró conforme a Derecho la Resolución de la Demarcación de Carreteras de Castilla-La Mancha de 1997, que acordó la denegación del cambio de uso de un acceso y la construcción de una estación de servicios en la provincia de Ciudad Real, al estar previstas obras de ampliación o variación de la carretera. Se aplica aquí el artículo 23.3 de la Ley de Carreteras de 1988 y el artículo 83.3 del Reglamento de 1994.

B) Construcción de carreteras: estudios informativos. Discrecionalidad de la Administración para elegir el trazado

Por otra parte, en la **STS de 31 de mayo de 2004,** Ar. 3557, se confirma el criterio del Tribunal de instancia (la Audiencia Nacional) y da la razón a la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transportes, que en 1997 dictó una Resolución por la que se aprobaba el expediente de información pública y el estudio informativo de una autovía en la provincia de Sevilla.

En este caso, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo consideran que la Administración cuenta con un margen de apreciación a la hora de inerpretar la expresión "opción más recomendable" del artículo 25.1.e) del Reglamento de Carreteras de 1994 [y 27.2.d) del anterior, de 1977].

C) Proyectos de accesos a las carreteras estatales: posibilidad de suscripción por Ingenieros Industriales, además de por Ingenieros de Caminos y por Ingenieros Técnicos de Obras Públicas

En otro orden de cosas, la **STS de 4 de mayo de 2004,** Ar. 4152, revoca la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1998 y estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales frente a la Orden Ministerial de 16 de diciembre de 1997, que regula los accesos a las carreteras del Estado, vías de servicio y construcción de instalaciones de servicio.

En concreto, se impugnó el Anexo de la Orden, que al regular la "firma del proyecto" se refería exclusivamente a los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos y a los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas como los únicos profesionales con competencia para redactar los citados proyectos.

El TS considera que los Ingenieros Industriales también son competentes para redactar proyectos en este ámbito.

6. MINAS

Sobre esta materia, destaca en esta ocasión la **STS de 21 de abril de 2004,** Ar. 3453, que desestima el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del TSJ de Castilla y León de 2000, que a su vez dio la razón a la Junta castellano-leonesa, que revocó la autorización otorgada a un particular para instalar una planta de transformación de arenas en la provincia de León.

El motivo de ello fue que la resolución inicial, que sí que concedía la autorización, no justificaba de un modo suficiente, de acuerdo con el artículo 112 de la Ley de Minas de 1973 y artículo 138 de su Reglamento de 1978, la viabilidad técnica, económica y financiera de la instalación.

Por otra parte, la **STS de 26 de mayo de 2004**, Ar. 3542, considera adecuados a Derecho dos Acuerdos del Gobierno autónomico cántabro de 1994 y 1999, respectivamente, que declaraban la caducidad de una autorización de aprovechamiento de manantial de agua minero-medicinal.

El motivo de la declaración de cadudidad fue que el mencionado manantial se encontraba, desde hacía varios años, sin ser explotado y sin autorización.

Por estas razones, el TS considera que es de aplicación el artículo 83.4 de la Ley de Minas de 1973, que establece que las autorizaciones para explotar recursos de la Sección B) caducarán por su falta de uso si los trabajos se mantienen paralizados sin autorización durante más de 6 meses.

Sobre la misma materia (recursos minerales de la Sección B de la ley de Minas), la **STS de 5 de julio de 2004, Ar. 5669, r**evoca la STSJ de Cataluña de 12 de septiembre de 2000, que había declarado inadmisible el recurso interpuesto por un Ayuntamiento catalán

frente a una Resolución del Gobierno autonómico, que declaró que el agua de un manantial tiene la calificación de "agua mineral natural" (cambiando la calificación anterior, como "agua de manantial"), al cumplir con lo establecido en el artículo 2.2.1 del RD 1164/1991, de 22 de julio, que aprueba la Reglamentación técnico-sanitaria para la elaboración, circulación y comercio del agua envasada (en relación con el artículo 24 de la Ley de Minas de 1973 y el artículo 39 de su Reglamento de 1977).

El TS considera que sí que es admisible el recurso, y entra a valorar el fondo de los argumentos expuestos por la parte actora. Y, tras ello, llega a la conclusión de que la declaración del yacimiento como "agua mineral natural" es conforme a lo establecido en el mencionado RD 1164/1991, al existir en el expediente unos informes técnicos que ponen de manifiesto que los recursos minerales sí que reúnen los requisitos para ser considerados como "agua mineral natural".

7. PATRIMONIO CULTURAL

En este apartado, debemos hacer mención de la **STS de 14 de junio de 2004**, Ar. 3839, que considera correcta la declaración de un Palacio asturiano como Bien de Interés Cultural, mediante Decreto del Gobierno autónomico asturiano 42/1995, de 30 de marzo. Se confirma así la Sentencia del TSJ asturiano de 1999.

La declaración reunía los requisitos establecidos en la entonces vigente (1984, cuando se incoó el expediente) Ley de 13 de mayo de 1933, de patrimonio histórico (Disposición Transitoria Sexta de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español).

En opinión del TS, el expediente no caducó, pues la Ley de 1933, a diferencia de la actual de 1985, no establecía ningún plazo de caducidad de los expedientes de declaración de bienes de interés cultural.

Por otra parte, en la **STS de 28 de junio de 2004,** Ar. 5217, confirma la STSJ de Aragón de 1999, que consideró adecuada a Derecho la Resolución del Gobierno autonómico, de 1 de febrero de 1996, que desestimó la petición de premio que formularon los propietarios del terreno donde fue encontrado en 1992 el llamado "Gran Bronce de Botorrita", pieza arqueológica muy conocida de la época íbera (que fue el tercer bronce hallado en esta localidad zaragozana).

Los propietarios consideraban que tenían derecho a premio en metálico (la mitad de los 204 millones de pesetas que en su opinión valía la citada pieza arqueológica, según dictamen de valoración emitido), tal y como establece el artículo 44.3 de la Ley de Patrimonio Histórico de 1985, al haberse hallado la pieza por azar, y no en el curso de una excavación autorizada. Sin embargo, la Administración estimó que el hallazgo tuvo lugar durante unas excavaciones realizadas con autorización del Gobierno de Aragón, en el yacimiento arqueológico de Contrebia Belaisca, por lo que no se cumple el supuesto de hecho del artículo 44.3 de la Ley de Patrimonio Histórico de 1985.

Por último, en este apartado, la **STS de 28 de enero de 2004**, Ar. 5785, desestima (confirmando el criterio establecido en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de diciembre de 1999) el recurso interpuesto contra la Orden del Ministerio de Medio Ambiente, de 12 de septiembre de 1997, sobre deslinde de bienes de dominio público.

En concreto, y sin perjuicio de los argumentos jurídicos en relación con la legislación sobre costas, el TS considera que no es procedente la pretensión de la Junta de Andalucía, de aplicación del artículo 37.3 de la Ley de Patrimonio Histórico de 1985, y con ello la declaración de Bien de Interés Cultural del Balneario de Nuestra Señora de la Palma y del Real en Cádiz, de modo que la Comunidad Autónoma pueda expropiar el mencionado bien.

Pues bien, el TS reflexiona sobre el alcance de las competencias del Estado y de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en materia de patrimonio histórico y en materia de costas y, en concreto, de la relación entre una materia y la otra en el presente caso, respecto al deslinde que llevó a cabo la Administración del Estado.

En relación con ello, el TS estima que debe prevalecer la competencia estatal sobre costas, al ser de aplicación la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 14 de julio, que enjuició la constitucionalidad de la Ley estatal de costas de 1988, y que estableció que el legislador estatal tiene competencia exclusiva para definir el dominio público estatal del artículo 132.2 CE.

8. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO

A) Aguas continentales: Canon de vertidos: prueba del coeficiente de contaminación

La **STSJ de Extremadura de 24 de febrero de 2004,** JT 672, estima el recurso planteado por un Ayuntamiento contra las liquidaciones practicadas por el Organismo de Cuenca. Se da la circunstancia de que la liquidación por el ejercicio afectado ya fue anulada por este TSJ, fundándose la decisión en la falta de prueba de la fijación de la unidad de contaminación del vertido. En ejecución del fallo se practicó nueva liquidación en que el Organismo de Cuenca volvió a fijar el mismo valor al coeficiente de contaminación, generando una liquidación similar. El TSJ vuelve a anular la liquidación, aunque evita una nueva retroacción del expediente obligando a liquidar la anualidad controvertida de acuerdo con los mismos parámetros del año anterior, que no fue objeto de recurso.

B) Otro dominio público

a) Tasas por la utilización del dominio público local: varias cuestiones sobre la tributación de las empresas suministradoras que prestan servicios a la generalidad de la población

El importe de las tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local se fija con carácter general tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los

bienes afectados no fuesen de dominio público. No obstante ello, cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllas consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5 por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas.

La Ley 51/2002, de 27 de diciembre, modificó notablemente la regulación de esta fórmula de cuantificación de una tasa de extraordinaria importancia para la hacienda local. Conviven ahora litigios que han de resolverse de acuerdo con la normativa vigente antes y después de 1 de enero de 2003.

Buena parte de los conflictos los han planteado empresas comercializadoras de electricidad. Téngase en cuenta que la liberalización del sector que se produjo en 1997 obligó a separar la distribución de la comercialización, buscando acabar con la situación previa de monopolio. La **STSJ de Cataluña de 20 de junio de 2003,** (JT 2004, 373) resuelve la apelación planteada contra la sentencia desestimatoria del juzgado de lo contencioso del recurso planteado por una empresa comercializadora contra liquidaciones por la tasa bajo la regulación anterior a 2003. Las liquidaciones se amparaban en que la Ordenanza Fiscal declaraba la sujeción tanto si las empresas eran materialmente propietarias de la red que ocupaban (las distribuidoras) como si no lo eran (las comercializadoras), lo que era considerado ilegal por la empresa recurrente. Para el TSJ el hecho imponible de esta tasa no es tanto la utilización privativa del dominio público local como el aprovechamiento especial del mismo que indudablemente lleva a cabo la actora aunque no sea titular de la red de distribución. El TSJ, reconociendo las dificultades de adaptación del texto vigente hasta 2003 a la liberalización del sector, realiza una interpretación del ordenamiento de acuerdo con la realidad social y advierte que la circunstancia de que con la reforma de 2002 se extendiera formalmente la aplicación de esta fórmula de cuantificación a las empresas comercializadoras no suponía innovación, sino más bien interpretación o aclaración. La recurrente también aducía que, aunque estuviera sujeta a la tasa, no se podía aplicar esta fórmula de cuantificación, pues los servicios no se prestaban a la generalidad del municipio, dado que concurrían varias empresas prestadoras de servicios en ese municipio. Nótese que en la normativa anterior a 2003 aún no se advertía de la aplicación de esta fórmula en los casos en que los servicios resultasen "de interés general". En definitiva, que la tasa debía tomar como referencia el valor en el mercado del aprovechamiento. El TSJ resuelve la cuestión señalando que en el informe técnico-económico el Ayuntamiento propuso que el importe de la tasa fuese el 1,5 por 100 de los ingresos brutos de las empresas en el término municipal en todo caso, pues ese importe no excede del valor que tendría en el mercado la utilidad derivada del aprovechamiento especial. Sin entrar en más consideraciones, aun cuando el suministro no alcance esa afectación a una parte importante del vecindario, la tasa se puede fijar así siempre y cuando su importe no exceda del valor que tendría en el mercado el aprovechamiento. El TSJ sólo estimó el recurso de la empresa en un punto, ya que se incluyó

indebidamente entre los ingresos brutos de la empresa el IVA y el impuesto sobre la electricidad.

La **STSJ de Cataluña de 4 de marzo 2004,** JT 837, es muy similar en sus razonamientos, aunque se refiere a un recurso directo contra la Ordenanza Fiscal. Las **SSTSJ de Cataluña de 26 de marzo de 2004,** JT 1023, y **12 de julio de 2004,** JT 1178, desestiman recursos directos contra Ordenanzas Fiscales aprobadas ya bajo la legislación que entró en vigor en 2003 en las que se plantea la ilegalidad de la tasa respecto de las empresas comercializadoras de electricidad y otras cuestiones. El TSJ advierte cómo ahora se cubre directamente que esta fórmula de cuantificación afecte a las empresas comercializadoras. Asimismo rechaza que la tasa vulnere los principios constitucionales de justicia tributaria y las prohibiciones contenidas en las Directivas comunitarias de IVA.

En sentido parecido se pronuncian las **STSJ de Andalucía, Málaga, de 16 de febrero de 2004,** JT 739, o **16 de marzo de 2004,** JT 1175. Las empresas alegaban que no eran de su titularidad ni uno solo de los elementos o instalaciones constitutivos de las redes a través de las cuales se efectúa el suministro de energía eléctrica. Según el TSJ, la propia ley sectorial instrumentaliza el uso de las redes eléctricas en pro del ejercicio de la actividad de comercialización de la energía: las canalizaciones discurren por el dominio público, y se asimilan a empresas explotadoras de servicios de suministros a efectos tributarios tanto las distribuidoras como las comercializadoras. Por lo demás, rechaza también la vulneración de la justicia tributaria constitucional y del Derecho comunitario.

La **STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 2004,** JT 766, resuelve una cuestión más concreta, todavía en el entorno de las empresas comercializadoras de energía eléctrica. El recurso se centraba en la determinación de la base sobre la que aplicar el 1,5 por 100. La empresa discutía que la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual forman parte de esa base ciertas partidas que son un coste para las empresas eléctricas (paralización de las centrales nucleares, stock básico de usuario, I+D electrotécnico, financiación de OFICO, UNESA, etc.) y luego se repercuten a los usuarios, haya quedado superada. Lo fundamenta en que la normativa del sector eléctrico de 1997 y en concreto el Plan contable del Sector Eléctrico aprobado por RD 437/1998, de 20 de marzo, supera aquella doctrina. No lo entendió así el TSJ, pues la normativa que rigió hasta 2002 disponía que el referido porcentaje se girase "en todo caso y sin excepción", de manera que el concepto de ingresos brutos procedentes de la facturación incluye todas las partidas comprendidas en las mismas sin ninguna exclusión salvo el IVA. Ahora considera el TSJ que la reforma de 2002, según la cual no se incluirán entre los ingresos brutos los impuestos indirectos ni las partidas o cantidades cobradas por cuenta de terceros que no constituyan un ingreso propio de la entidad es innovativa, aplicándose sólo a partir de 2003.

Otros conflictos se han producido alrededor de otros sectores. Así, la **STSJ de Galicia de 24 de octubre de 2003,** JT 2004, 720, rechazó el recurso planteado por una empresa de telefonía móvil (antes de 2003) que consideraba no era acreedora de esta fórmula de cuantificación. La **STSJ de Cataluña de 25 de marzo de 2004,** JT 1022, se refiere a la aplicación de la tasa a una empresa explotadora de servicio de telecomunicaciones con anterioridad a la reforma de 2002. El recurso lo presenta la Administración, contra la

sentencia estimatoria de instancia. El TSJ dio la razón a la empresa, ya que el servicio se prestaba a un pequeño número de clientes. Se invoca el matiz introducido sólo a partir de la reforma de 2002 en cuanto a tener en cuenta también el interés general para la población respecto de los suministros prestados.

Finalmente la **STSJ de Madrid de 6 de mayo de 2003,** JT 2004, 1150, desestima el recurso presentado por la entidad pública Canal de Isabel II contra tasas por utilización del dominio público local precisamente por lo contrario que es habitual. Se cuantificaba la tasa en función del valor de mercado del aprovechamiento (por metros de canalizaciones y aforos de depósitos) y la empresa consideraba que debía calcularse en función del 1,5 por 100 de los ingresos. Para el TSJ la empresa no explota con fin de suministrar a la generalidad del vecindario los depósitos y conducciones, ya que el Ayuntamiento por sus propios medios abastece a veinte veces más de viviendas, sin perjuicio de que la Empresa Pública suministre agua en alta al Ayuntamiento en ciertas épocas.

b) Tasas por la utilización del dominio público local: cajeros automáticos dispuestos con frente directo a la vía pública

La **STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2004,** JT 1212**,** considera adecuada a derecho la exigencia de tasas por utilización del dominio público a entidades bancarias por los cajeros automáticos dispuestos con frente directo a la vía pública en línea de fachada, por el aprovechamiento especial de ese dominio público.

c) Tasas por la utilización del dominio público radioeléctrico: efectos de la entrada en vigor de la Ley General de Telecomunicaciones

La **STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2004,** JT 1003, considera que a una sociedad de capital íntegramente municipal que había sido considerada formalmente "Administración Pública" se le puede aplicar la exención prevista en el artículo 73.7 de la Ley General de Telecomunicaciones. Pero ha de tenerse en cuenta que sólo se aplicará en los supuestos de reserva de frecuencias del dominio público radioeléctrico para la prestación de servicios de interés general sin contraprestación económica.

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) Lugares de Importancia Comunitaria: interpretación relativa a las medidas de protección de que debe gozar un espacio propuesto como LIC por un Estado comunitario pero aún no aprobado por la Comisión: no son las medidas de protección referidas en la Directiva 92/43/CEE. B) El concepto de residuos y su trascendencia penal. De nuevo sobre la imprecisión del concepto utilizado por la Directiva 75/442/CEE y la necesidad de llevar a cabo operaciones interpretativas jurídicas, a veces muy complejas. C) El traslado de residuos: las objeciones que las autoridades de expedición opongan al traslado pueden no estar relacionadas con el traslado en sí sino con las operaciones de valorización a que se quieran destinar los residuos. Para ello se puede atender a los criterios de valorización en el Estado de expedición, aunque sean más rigurosos que en el de destino. Pero las autoridades de expedición no pueden atender a su propia normativa sobre protección del medio ambiente, orden público, seguridad pública o protección de la salud. D) Incumplimiento de España de la Directiva 79/409/CEE, aves. Lo es la autorización de la caza con liga en la Comunidad Valenciana. El valor de los informes científicos que sólo pueden ser destruidos con otras pruebas científicas. E) El reciclado de aceites usados y los condicionantes de orden técnico, económico y organizativo no como limitaciones de la actuación de los Estados sino entendidos dentro del marco de las obligaciones de los Estados. **3. Actividades clasificadas.** A) Los principios de cautela y acción preventiva del art. 174 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea legitiman a los poderes públicos para adoptar las medidas proporcionadas al riesgo que los avances científicos pongan de relieve. B) Anulación de la determinación contenida en el Plan Gestor de Residuos Especiales de Navarra de instalar una planta de tratamiento y gestión de residuos a menos de 2.000 metros de varios núcleos de población agrupada. **4. Evaluación de impacto ambiental. Proyectos sometidos.** A) La decisión de instalar una planta de tratamiento físico-químico de residuos especiales en un lugar concreto incluida en el Plan gestor de residuos industriales exige el sometimiento de éste a ese solo efecto a la previa

evaluación de impacto ambiental. B) La decisión del Estado de someter o no a evaluación de impacto ambiental las solicitudes de autorización de las líneas de alta tensión requiere de informe previo de las Comunidades Autónomas por las que discurra la línea. C) Los planes directores de aeropuertos aunque afecten a una ZEPA no se encuentran sometidos a EIA aunque sí a EAE a partir del 21de julio de 2004, plazo límite de transposición de la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio. **5. Espacios Naturales Protegidos.** A) La declaración de una zona como Parque Natural acogiéndose a la vía excepcional del art. 15.2 de la LCEN pierde su vigencia si no se aprueba el PORN dentro del año siguiente. B) Inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 4/1989, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, en la redacción dada por la Ley 41/1997. **6. Aguas continentales.** A) Delito ecológico: no concurrencia por falta de prueba. B) Evaluación de impacto ambiental: necesidad de trámite de valoración medioambiental de un proyecto de modificación de una gran presa para producción de energía eléctrica **7. Minas: declaración de impacto ambiental. 8. Fiscalidad medioambiental.** A) Aguas continentales: Cánones de saneamiento y otros tributos hídricos regionales: varias cuestiones. B) Otros tributos medioambientales. a) Gravamen catalán sobre las actividades de las que pueda derivar la activación de planes de protección civil: declaración de constitucionalidad. b) Impuesto sobre Sociedades: deducción por inversiones medioambientales.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida durante los meses de noviembre y diciembre de 2004 y enero de 2005; la del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia núm. 4883 a la 6884 del RA (cuadernillos 19 a 25) y la Constitucional desde la 180/2004, de 2 de noviembre, hasta la 255/2004, de 23 de diciembre.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

A) Lugares de Importancia Comunitaria: interpretación relativa a las medidas de protección de que debe gozar un espacio propuesto como LIC por un Estado comunitario pero aún no aprobado por la Comisión: no son las medidas de protección referidas en la Directiva 92/43/CEE

La STJCE de 13 de enero de 2005 (Sala Segunda), recaída en el Asunto C-117/2003, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234

CE por el Consiglio di Stato (Italia), en el procedimiento entre Societá Italiana Dragaggi Spa y otros y el Ministerio de las Infraestructuras y de los Transportes italiano y la Región Autónoma del Friuli-Venezia Giulia.

La cuestión es bien simple. Lo que se plantea al Tribunal de Justicia es si las obligaciones que fija el artículo 6 de la Directiva 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 (fundamentalmente la realización de una adecuada evaluación de cualquier plan o proyecto que sin tener relación con la gestión del lugar se pretenda realizar en ese espacio), son aplicables ya en cuanto que el Estado correspondiente haya propuesto a la Comisión la inclusión de un lugar como LIC o sólo una vez que la Comisión lo haya aprobado definitivamente. La respuesta del Tribunal es clara y taxativa: el tenor literal de la Directiva (*vid.* su artículo 4.5) es que las obligaciones proceden sólo cuando la Comisión se haya pronunciado. Interpretar la Directiva de otra forma implicaría que la Comisión está obligada a seguir cuantas indicaciones hagan los Estados sin la más mínima posibilidad de estudio o decisión. Eso no quiere decir, aclara el Tribunal, que los Estados no deban de proteger esos lugares una vez que hayan decidido la propuesta a realizar como LIC a la Comisión. Se entiende que la propuesta responderá a sus valores ecológicos preeminentes y ello implicará una protección adecuada que el Tribunal no aclara en su contenido.

B) El concepto de residuos y su trascendencia penal. De nuevo sobre la imprecisión del concepto utilizado por la Directiva 75/442/CEE y la necesidad de llevar a cabo operaciones interpretativas jurídicas, a veces muy complejas

El artículo 1, letra a), párrafo primero, de la Directiva 75/442/CEE define al residuo como "cualquier sustancia u objeto perteneciente a una de las categorías que se recogen en el Anexo I y del cual su poseedor se desprenda o del que tenga la intención o la obligación de desprenderse". La última lista de residuos (aprobada por la Decisión 2001/573/CE) entró en vigor el 1 de enero de 2002 figurando en el capítulo 17 los "residuos de la construcción y demolición (incluida la tierra excavada de zonas contaminadas)". En el código 17 04 se enumeran distintos tipos de residuos metálicos precisando la introducción a esa lista que "la inclusión de un material en la lista no significa, sin embargo, que dicho material sea considerado residuo en todas las circunstancias. El registro es solamente pertinente cuando se ajuste a la definición de residuo de la letra a) del artículo 1 de la Directiva 75/442/CEE".

Pero el artículo 1, letra a), no satisface en todos los casos las exigencias de quienes en los distintos países deben ser operadores jurídicos de dicho precepto lo que habrá notado, de seguro, quien lea estas crónicas en las que la cuestión del concepto de residuos aparece repetidamente de la mano de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde que hace casi siete años se comenzó a elaborar.

En esta ocasión se vuelve sobre ese tema con la **STJCE de 11 de noviembre de 2004 (Sala Segunda), recaída en el Asunto C-457/02,** que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por un Tribunal italiano. La cuestión tiene un planteamiento adicional en el hecho de que la gestión de residuos

sin autorización en Italia está considerada como delito y, por tanto, lo que se va a debatir en el caso es si el transporte realizado por el señor Antonio Niselli, puede considerarse como tal. El problema es que este señor aduce que esos materiales intervenidos iban a ser reutilizados con lo que, en su opinión, no merecerían el concepto de residuo y, por ello, el proceso penal debería interrumpirse. Adicionalmente a esta cuestión se plantea el hecho jurídico de la existencia de una norma italiana –de cita improcedente– que ha intentado llevar a cabo una precisión normativa sobre el concepto de residuo. Es en esas circunstancias en las que el Tribunal italiano plantea la cuestión prejudicial mediante la que intenta extraer una doctrina "cierta" del artículo 1.a) de la Directiva en la que el destino de los materiales intervenidos a la eliminación, valorización o reutilización tendría una importancia decisiva.

En esas circunstancias el Tribunal va a resistirse a cualquier suerte de operación definitoria exacta, cual si de operación matemática se tratara. Así y a base de ejemplos, niega que pueda encontrarse una concrección decisiva en los Anexos II.A) y II.B) que definen las operaciones de eliminación o valorización. Para el Tribunal ejemplificativamente, el fuel debería considerarse siempre como un residuo, entonces, puesto que se le estaría destinando en el momento de la combustión a una de las operaciones contenidas en la categoría R I del anexo II.B). Por tanto no hay forma de concretar el concepto de residuo a partir de la descripción de las operaciones de eliminación o valorización de tal forma que siempre que un material fuera objeto de una de ellas debiera considerarse como residuo. Esa interpretación es negada.

Y, de la misma forma, tampoco es posible negar el concepto de residuo para cualquier material que vaya a ser objeto de una operación de reutilización. Para el Tribunal los materiales intervenidos al sr. Niselli serían siempre residuos hasta tanto en cuanto tuviera lugar la reutilización, luego este concepto tampoco permite aportar datos decisivos sobre la fijación del concepto de residuo debiendo volverse siempre al artículo 1.a) de la Directiva 75/442/CEE y a partir del mismo llevar a cabo las necesarias labores de interpretación jurídica en las que, entre otros, puede ser importante elemento auxiliar el Anexo I al que el mismo precepto llama. Pero no decisivo.

C) El traslado de residuos: las objeciones que las autoridades de expedición opongan al traslado pueden no estar relacionadas con el traslado en sí sino con las operaciones de valorización a que se quieran destinar los residuos. Para ello se puede atender a los criterios de valorización en el Estado de expedición, aunque sean más rigurosos que en el de destino. Pero las autoridades de expedición no pueden atender a su propia normativa sobre protección del medio ambiente, orden público, seguridad pública o protección de la salud

Los problemas relativos al traslado de residuos, como a los residuos en general, son permanentes en la actividad del Tribunal de Justicia. Vuelven a aflorar en la **STJCE de 16 de diciembre de 2004 (Sala Primera), recaída en el Asunto C-277/02,** que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz (Alemania) en un procedimiento entre una empresa (EU-Wood-Trading Gmbh) y la autoridad competente de expedición (Sonderabfall-

Management-Gesellschaft Rheinland-Pfalz mbH). Esta Sentencia resulta muy interesante para fijar las condiciones normativas de expedición de la autorización de traslado.

La empresa mencionada comunicó en 1999 al órgano nombrado su intención de trasladar 3.500 toneladas de residuos de madera a una empresa radicada en Italia a los efectos de destinarlos a la valorización para la producción de tableros de conglomerado. Acompañó a la notificación la decisión de conformidad de las autoridades italianas y un informe según el cual los residuos tenían un contenido en plomo de 47 mg por kilogramo de madera seca. La autoridad del *Land* alemán decidió no autorizar el traslado porque rebasaba el valor de referencia fijado por una directriz del Ministerio del Medio Ambiente del *Land* Renania-Palatinado y la valorización no podría realizarse sin poner en peligro la salud y el medio ambiente lo que contravenía el artículo 4 de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos (con modificaciones posteriores). Reaccionó la empresa reclamando y presentando un nuevo informe técnico que reducía el contenido en plomo a 23 mg y un contenido en arsénico de 3'4 mg por kilo de materia seca. Esta reclamación fue desestimada igual que sucedió con el posterior recurso ante un Tribunal. Apelada esta Sentencia ante el Tribunal *supra* mencionado, éste decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales en torno al artículo 7.4, letra a), guiones primero y segundo, del Reglamento (CEE) núm. 259/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea, con alguna modificación posterior. En torno a las mismas se pronuncia la Sentencia que se comenta.

El Tribunal va a responder, así, que dada la configuración del derecho comunitario aplicable, ha sido la voluntad de éste que las autoridades de expedición y destino conozcan todos los pormenores en relación a los residuos trasladados y, en concreto, las formas de valorización en el lugar de destino. En función de ello, pueden oponerse al traslado de residuos no sólo por sus condiciones sino también por la forma de la operación de valorización con cuya finalidad se efectúa ese traslado.

Sentada esta primera conclusión, tiene mucho interés la determinación del parámetro conforme al que la decisión de oponerse al traslado puede adoptarse. Resulta, así, que aunque las condiciones de traslado de residuos han sido armonizadas por el Reglamento citado, eso no ha sucedido con las condiciones de valorización, de tal forma que pueden ser distintos los criterios de los distintos Estados. Ello implica que se pueden tener en cuenta los criterios del Estado de expedición en cuanto a la valorización, aun cuando sean –como sucede en el caso– más rigurosos que los del Estado de destino, y en función de ellos denegarse la autorización para el traslado. Que puedan discrepar, por tanto, las dos autoridades (la del Estado de expedición y la del destino) es perfectamente posible y, además, inherente al sistema creado, por lo que no puede decirse que al operar de esa forma un Estado infringe el principio de lealtad comunitaria al que se refiere el artículo 10 CE.

Naturalmente que ello obliga a considerar que las normas internas estén basadas en el principio de proporcionalidad y sean adecuadas para la realización de los objetivos perseguidos de prevención de riesgos para la salud humana y el medio ambiente y no vayan

más allá de lo necesario para alcanzarlos. Las investigaciones científicas apropiadas deben formar la base de tales normas.

Finalmente se aclara, sirviéndose para ello el Tribunal de lo que el Reglamento indica en relación a las competencias de las autoridades de los Estados de tránsito (que tienen vedado, a diferencia de las autoridades del Estado de expedición, por la misma configuración del artículo 7 del Reglamento, oponerse a ese tralado por cualquier otro motivo que no sea su propia normativa interna, no pudiendo decidir, entonces, de acuerdo con lo que diga la Directiva 75/442/CE o por las condiciones de valorización en destino) que las autoridades del Estado de expedición no pueden atender para denegar la autorización de traslado a su propia normativa sobre protección del medio ambiente, de orden público, de seguridad pública o de protección de la salud. Su parámetro de actuación, se insiste en ello, es el de las condiciones de valorización y, en general, las referencias de la Directiva 75/442/CE.

D) Incumplimiento de España de la Directiva 79/409/CEE, aves. Lo es la autorización de la caza con liga en la Comunidad Valenciana. El valor de los informes científicos que sólo pueden ser destruidos con otras pruebas científicas

Una práctica realizada en una Comunidad Autónoma española, la valenciana, va a resultar contraria al derecho comunitario tal y como establece la **STJCE de 9 de diciembre de 2004 (Sala Segunda), recaída en el Asunto C-79/03**, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto con arreglo al artículo 226 CE. En concreto, el método de caza conocido como "parany" y que consiste en una instalación para la captura de aves, compuesta por un entramado de varetas montado en un árbol al que se atraen las aves mediante reclamos de tal forma que al rozar una vareta, untada con liga, las aves pierden generalmente su capacidad de vuelo pudiendo el cazador capturarlas y darles muerte, se considera contrario a diversos artículos de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres.

El procedimiento se inició con varias denuncias y finalmente la Comisión interpuso el recurso a que hace referencia el artículo 226 CE. Se imputa por la Comisión que se trata de un método de captura no selectivo prohibido por el artículo 8 de la Directiva. El Gobierno español niega tal hecho y dice que con las precauciones instauradas por un Decreto de la Comunidad Valenciana, el 135/2000, de 12 de septiembre (por cierto, anulado según se dice por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 26 de septiembre de 2002 recurrida en casación ante el Tribunal Supremo), decreto que regula la concesión de autorizaciones excepcionales para la caza de tordos (zorzales) con parany, sería suficiente.

El Tribunal de Justicia rechaza la apreciación del Gobierno español. Para ello se basa en un informe de la Sociedad Española de Ornitología que indica que con este método no se impide la captura de aves de otras especies. Dicho informe indica que la proporción zorzales/aves de otras especies se sitúa entre 1,24 y 4. Por otra parte, no se darían tampoco

las excepciones a que se refiere el artículo 9.1.a) de la Directiva. Existirían otros métodos para prevenir los perjuicios, supuestamente importantes, causados por los tordos a los viñedos y olivares, como los cañones de ruido y la caza con escopeta, alternativas que aprecia el Tribunal se dan en otras CCAA. Finalmente tampoco se capturan de esta forma pocos ejemplares [previsión del artículo 9.1.c) de la Directiva] sino que de otro informe de *Seo Bird Life* se deduce que, como mucho y dado el número de zorzales, se podrían haber dado autorizaciones para cazar hasta 100.000 ejemplares (redondeando), y que en 2001 las autorizaciones dadas con arreglo a ese Decreto han permitido cazar más de 400.000 ejemplares. Aunque este informe no sea vinculante para los Estados, tiene autoridad científica y ello supone que debería ser rebatido por prueba científica contraria, cosa que no ha sucedido. No hay, por tanto, ninguna excepción prevista en la Directiva para autorizar tal método de caza.

D) El reciclado de aceites usados y los condicionantes de orden técnico, económico y organizativo no como limitaciones de la actuación de los Estados sino entendidos dentro del marco de las obligaciones de los Estados

Vuelve el Tribunal de Justicia a cuestiones tratadas con anterioridad en su **STJCE de 9 de septiembre de 1999, recaída en el Asunto C-102/97,** Comisión contra la República Federal Alemana, y que tuvimos ocasión de tratar en *JA* núm. 6, 2000, pág. 220. En esta ocasión se pronuncian dos sentencias. La Primera es la **STJCE de 27 de enero de 2005 (Sala Segunda), recaída en el Asunto C-15/03**, Comisión contra la República de Austria, y la segunda la **STJCE de 27 de enero de 2005 (Sala Segunda), recaída en el Asunto C-92/03**, Comisión contra la República Portuguesa. En ambas Sentencias se reprochan a los Estados incumplimientos de la Directiva 75/439/CEE del Consejo, de 16 de junio de 1975, relativa a la gestión de aceites usados, en su versión modificada por la Directiva 87/101/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, al no haber adoptado las medidas necesarias para dar prioridad al tratamiento de aceites usados por regeneración, cuando los condicionantes de orden técnico, económico y de organización lo permitían.

Las disculpas de los dos Estados son idénticas y se refieren a la falta de rentabilidad en sus países (pequeños) de las instalaciones de regeneración de aceites usados. A esos efectos se amparan en los "condicionantes de orden técnico, económico y de organización" (expresión de la Directiva) que entiende como justificantes de su abstención. Frente a ello, el Tribunal, recordando la Sentencia de 9 de septiembre de 1999 indica que "los condicionantes de orden técnico, económico y de organización del artículo 3, apartado 1, de la Directiva forman parte de una disposición que expresa de forma global la obligación impuesta a los Estados miembros y que con esta expresión el legislador comunitario deseaba no tanto establecer excepciones limitadas a una norma de aplicación general, sino definir el ámbito de aplicación y el contenido de una obligación positiva consistente en garantizar la prioridad al tratamiento de aceites usados por regeneración" (punto 36 de la Sentencia contra la República Portuguesa). Con base en lo indicado, se constata que Portugal con una correcta transcripción se podría haber opuesto, por ejemplo, al traslado de residuos a otro país, consiguiendo así el cumplimiento de la Directiva rentabilizando sus instalaciones y cuestión semejante se afirma en relación a Austria. Consiguientemente, se declara el incumplimiento de ambos países.

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

A) Los principios de cautela y acción preventiva del artículo 174 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea legitiman a los poderes públicos para adoptar las medidas proporcionadas al riesgo que los avances científicos pongan de relieve

El TS en su **STS de 14 de julio de 2004,** Ar. 6734, ratifica la del TSJ de Murcia que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución administrativa que había impuesto diversas medidas de protección ambiental relativas a la actividad de fabricación y litografía de envases metálicos desarrollada por la mercantil recurrente en casación, con el fin de reducir los volúmenes de emisión de contaminantes con riesgo para la salud de las personas situadas en su área de influencia.

La precitada sentencia sirve al Tribunal para, razonando acerca de la aplicación de los principios de cautela y de acción preventiva que el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea menciona en su artículo 174, concluir en su Fundamento de Derecho 7º. F) que los citados principios permiten inferir una regla de derecho que impone a la Administración el deber de no autorizar, o de no autorizar sin la previa adopción de las debidas medidas de salvaguardia, aquellas actuaciones sobre las que exista un temor fundado de su probabilidad de ser causa de daños graves a la calidad del medio ambiente o a la salud de las personas. Entendiendo que los avances científicos sobre el grado de tolerancia de los contaminantes atmosféricos, o sobre su real o potencial afección a la salud, legitiman a los poderes públicos para que, sin obligación de esperar a las reformas normativas, adopten ya las medidas de cautela y prevención que puedan ser proporcionadas al riesgo que aquellos avances, de modo fundado, pongan de relieve.

B) Anulación de la determinación contenida en el Plan Gestor de Residuos Especiales de Navarra de instalar una planta de tratamiento y gestión de residuos a menos de 2.000 metros de varios núcleos de población agrupada

El TS, tras manifestar en su **STS de 19 de julio de 2004,** Ar. 5405/2004, que la decisión incluida en el Plan Gestor de Residuos Especiales de Navarra de instalar una planta de tratamiento físico-químico de residuos especiales es una decisión meramente administrativa del Gobierno de Navarra que no forma parte del contenido típico necesario del Plan y, por tanto, plenamente impugnable ante la jurisdicción, estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra desestimatoria a su vez de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra los acuerdos del Gobierno de Navarra relativos a dicho plan.

Fundamenta su decisión, por un lado, en la total vigencia y efectividad en Navarra del Reglamento de Actividades Clasificadas (Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre) reconocida en la Exposición de Motivos de la Ley Foral 16/1989, de 5 de diciembre, de Actividades Clasificadas, en la que se expresa además la voluntad del legislador navarro de

desarrollar, y sólo en aspectos parciales, aquel Reglamento. Y por otro, trayendo en apoyo la doctrina sentada en su Sentencia de 1 de abril de 2004 (Ar. 1562/2004) que declara plenamente aplicable al caso. En esta última sentencia el Tribunal asumió que la distancia mínima de 2.000 metros exigible en el artículo 4 del Reglamento estatal engarza directamente con los títulos competenciales relativos a la protección del medio ambiente, en el que las Comunidades Autónomas tienen atribuida la facultad de establecer normas adicionales de protección (artículo 149.1.23 de la Constitución), con la consecuencia de que el apartamiento de aquella norma en el territorio de una Comunidad Autónoma exigirá que la normativa propia de esta la haya sustituido, sin duda alguna, por otra cuya potencialidad protectora no sea menor. Condición que al no apreciarse en el caso que se sustancia justifica la anulación de la decisión de instalación de la planta a menos de 2.000 metros de núcleos agrupados de población.

4. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. PROYECTOS SOMETIDOS

A) La decisión de instalar una planta de tratamiento físico-químico de residuos especiales en un lugar concreto incluida en el Plan gestor de residuos industriales exige el sometimiento de éste a ese solo efecto a la previa evaluación de impacto ambiental

En la **STS de 19 de julio de 2004,** Ar. 5405/2004, que ya fue objeto de comentario en el anterior epígrafe sobre actividades clasificadas en relación a los problemas suscitados respecto al emplazamiento de una planta de tratamiento físico-químico de residuos especiales en la estación depuradora de aguas residuales de Arazuri (Navarra), el TS resuelve estimar también el motivo de casación interpuesto con fundamento en la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en la normativa europea, estatal y autonómica reguladora de la evaluación de impacto ambiental, en cuanto esta última entendió que las infracciones de la mencionada normativa deben predicarse, no de la fase de planificación (la decisión de instalación estaba prevista en el Plan gestor de residuos especiales), sino de los proyectos, acuerdos y demás actos de aplicación específica o de implantación-ejecución concreta conforme a la normativa del Plan Gestor impugnado por lo que la realización de la EIA quedaría diferida a un momento posterior.

Sin embargo, el TS justifica la exigencia de someter la decisión de instalación tomada en el Plan a EIA por cuanto la concreción del Plan Gestor es tal respecto a la localización de la futura planta de tratamiento que define o condiciona de modo necesario la realización de la misma, por lo cual el propio Plan en la medida en que precisaba la localización de la planta de tratamiento, equivalía a un proyecto, y debió ser sometido a EIA.

B) La decisión del Estado de someter o no a evaluación de impacto ambiental las solicitudes de autorización de las líneas de alta tensión requiere de informe previo de las Comunidades Autónomas por las que discurra la línea

El TS, reafirmándose en la doctrina asentada en la Sentencia de 1 de abril de 2002 y posteriores en las que cambió el criterio mantenido hasta ese momento, resuelve en la **STS**

de 5 de mayo de 2004, Ar. 5187/2004, estimar el recurso de casación interpuesto por Red Eléctrica Española, SA, contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2000 que desestimó el recurso interpuesto contra la Resolución del Secretario de Estado de la Energía y Recursos Minerales de 5 de agosto de 1996 que estimó, a su vez, los recursos ordinarios interpuestos por dos Alcaldes y el Consejero de Medio Ambiente de la Diputación Regional de Cantabria contra la Resolución de la Dirección General de la Energía sobre autorización y declaración de utilidad pública de la líneas eléctricas a 400 KV de tensión en la provincias de Cantabria y Vizcaya, con retroacción de las actuaciones al momento procesal en el que se solicitara al órgano competente de la Comunidad Autónoma de Cantabria la elaboración del correspondiente informe de impacto ambiental de acuerdo con lo establecido en el Decreto 50/1991, de 29 de abril.

Recuerda al TS que el cambio de doctrina se justifica al haberse dictado con posterioridad la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, que somete a evaluación "las líneas aéreas de energía eléctrica con una tensión igual o superior a 200 KV y una longitud superior a 15 Km", y la Directiva 97/11/CEE, de 3 de marzo, interpretativa de la Directiva 85/337/CEE, que resulta de aplicación por su carácter interpretativo incluso a los proyectos iniciados con anterioridad. A continuación, y apoyándose tanto en la doctrina del Consejo de Estado como en la sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 13/1998, de 22 de enero, vincula la competencia para la realización de la evaluación de impacto ambiental a la Administración del Estado como administración en la que reside la competencia para la aprobación del proyecto sustantivo al discurrir la línea por el territorio de dos Comunidades Autónomas.

Ahora bien, siguiendo asimismo la doctrina del Tribunal Constitucional, entenderá que el deber de colaboración entre ambas administraciones impide a la Estatal aprobar o autorizar ningún proyecto de obra o instalación situada total o parcialmente sobre el territorio de una Comunidad Autónoma sin ponderar los puntos de vista de ésta, criterio que "también es predicable de la evaluación de impacto ambiental" y por tanto aplicable al caso, por lo que se requiere la intervención de la Comunidad Autónoma por vía de informe.

La misma doctrina va a ser ratificada por el TS en la **STS de 20 de septiembre de 2004,** Ar. 5679/2004.

C) Los planes directores de aeropuertos aunque afecten a una ZEPA no se encuentran sometidos a EIA aunque sí a EAE a partir del 21 de julio de 2004, plazo límite de transposición de la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio

La muy elaborada y documentada **STS de 7 de julio de 2004,** Ar. 6506/2004, tras declarar que no ha lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden del Ministerio de Fomento de 22 de octubre de 1999, por la que se aprobó el plan director del aeropuerto de Barcelona, fundamenta su decisión, de rechazar la pretensión

de los recurrentes de anulación de la Orden, por cuanto ésta se había dictado sin el sometimiento del plan aprobado a una previa evaluación de impacto ambiental.

El razonamiento del TS se asienta sobre la base de distinguir entre las Evaluaciones de Impacto Ambiental (EIA), de las que están excluidos los planes o cualquier instrumento de actuación que no sean los proyectos, y las Evaluaciones Ambientales Estratégicas (EAE) propias de las "políticas, planes y programas". EAE que resultarían exigibles en general a partir del 21 de julio de 2004, fecha última para la transposición de la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio, sobre Evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Sin que de la regulación contenida en el RD 1997/1995, de 7 de diciembre, que traspuso la Directiva 1992/43/CEE, de 21 de mayo, sobre conservación de los hábitats naturales de la fauna y flora silvestres, pueda deducirse la exigencia de una EIA como pretendían los recurrentes.

5. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

A) La declaración de una zona como Parque Natural acogiéndose a la vía excepcional del articulo 15.2 de la LCEN pierde su vigencia si no se aprueba el PORN dentro del año siguiente

La declaración de una zona como Parque natural sin la previa aprobación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN), acogiéndose a la vía excepcional del artículo 15.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre (LCEN), deviene nula si no se aprueba el mencionado plan en el plazo de un año. En este sentido se pronuncia el TS en su **STS de 28 de junio de 2004,** Ar. 5195/1004, al resolver favorablemente el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Aragón contra la sentencia del TSJ de Aragón que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Fundación Ecología y Desarrollo contra el Decreto del Gobierno de Aragón por el que se aprobó el PORN del Parque y Cañones de la Sierra de Guara varios años después de su declaración por la Ley 14/1990, de 27 de diciembre.

Frente a la pretensión de los reclamantes de que se anulara el Decreto 164/1997, de 23 de septiembre, de aprobación del PORN por haberse dictado fuera del año prescrito por el artículo 15.2 de la LCEN, el TS entiende que, dado que lo que da cobertura a la declaración previa del espacio natural es la aprobación del PORN dentro del año siguiente de producirse la misma y no al revés, la aprobación extemporánea del Plan no conduce a la nulidad del mismo sino más bien a la pérdida de vigencia de aquella declaración transcurrido el año desde la declaración de la zona como Parque, obligando a la Administración a efectuar un nueva declaración con el fin de que la zona disponga de la protección inherente a la clasificación otorgada.

B) Inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 4/1989, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, en la redacción dada por la Ley 41/1997

Los recursos de inconstitucionalidad formulados por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, las Cortes Aragón y la Diputación General de Aragón contra la Ley

41/1997, de 5 de noviembre, por la que se modifica la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, han propiciado la **STC 194/2004, de 10 de noviembre,** en la que, estimando parcialmente los recursos interpuestos, se declaran parcialmente inconstitucionales algunos incisos de los artículos 19.1, 3 y 7; 22.3; 23; 23 bis, 3, 5, y 6.c) y g); 23 ter, todos ellos de la Ley 4/1989 en la redacción dada por la Ley 41/1997; y las Disposiciones Adicionales Primera y Quinta y la Disposición Final Segunda de la Ley 41/1997, en los términos del fallo de la sentencia. Formulándose un voto particular por la Presidenta del TC discrepando del carácter básico que la sentencia reconoce al apartado 4 del artículo 23 bis de la Ley 4/1989, añadido por el artículo único de la Ley 41/1997, referido a la figura del Director-Conservador y su incorporación al Patronato.

El TC agrupa para su tratamiento los preceptos cuestionados en cuatro bloques temáticos: los instrumentos de planificación de los parques nacionales (Plan director de la Red de Parques Nacionales y el Plan rector de uso y gestión de cada parque nacional); el sistema de organización y gestión de los parques intraautonómicos, al que se reprocha que sean gestionados conjuntamente por la Administración General del Estado y por la Comunidad Autónoma (el Consejo de la Red, la Comisión mixta de gestión, el Director-Conservador y el Patronato); el sistema de planificación física (Plan rector de uso y gestión), orgánica y funcional (Comisión mixta de gestión, el Director-Conservador y el Patronato) cuando se extiendan por el territorio de más de una Comunidad Autónoma, y la financiación de los parques.

En cuanto al primer bloque, después de recordar el canon de constitucionalidad sentado en su doctrina anterior aplicable al caso (sustancialmente en la Sentencia 102/1995), que parte de la noción material y formal de bases y la proyección de las potestades de coordinación –en cuanto pudieran fundamentar un sistema de cogestión– y del principio de colaboración –que no permite alterar las competencias propias de las Administraciones actuantes–, el Tribunal pasa a enjuiciar los preceptos recurridos, con el siguiente resultado:

– Se anula el artículo 22.3, párrafo primero, que preveía la gestión conjunta de los Parques nacionales por la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se encuentren situados, por cuanto el precepto carece de carácter básico al generalizar la actividad gestora del Estado, sin que responda a las facultades de coordinación o al principio de cooperación de las Administraciones públicas.

– Se reconoce la constitucionalidad del artículo 22 ter.2, relativo al sistema de organización y gestión de los parques intracomunitarios, al conceptuarse como un órgano de cooperación sin funciones decisorias.

– Artículo 23, se declaran inconstitucionales los apartados 1, 3, 4, 5 y 6, en los que se crea la Comisión Mixta de Gestión como órgano de gestión conjunta entre el Estado y las Comunidades Autónomas encargado de la gestión ordinaria de los parques, por invadir

las competencias propias de las Comunidades recurrentes en relación con estos espacios naturales.

– Artículo 23 bis, apartados 3 y 5, inconstitucionales por regular aspectos atinentes a la organización interna de los Patronatos, que se considera competencia adjetiva a la competencia exclusiva en materia de "espacios naturales protegidos" de que gozan las Comunidades recurrentes. Y del apartado 6, las letras c) y g) en los incisos "aprobar los planes sectoriales específicos" y "estableciendo los criterios de prioridad", respectivamente.

– Artículo 23 ter, apartados 1, 3 y 4, inconstitucionales por vulnerar las competencias de ejecución de las Comunidades Autónomas al estar directamente relacionados con la gestión del Director-Conservador.

– Disposición Adicional Quinta de la Ley 41/1997, resulta inconstitucional toda vez que impone la creación de consorcios para la "administración y conservación de los parques" adecuándose a los artículos 23, 23 bis y 23 ter declarados a su vez inconstitucionales.

– Disposición Final Segunda de la Ley 41/1997, resulta igualmente inconstitucional por cuanto faculta al Gobierno para desarrollar reglamentariamente prescripciones relativas a los órganos administrativos encargados directamente de la gestión de los parques.

El segundo bloque de preceptos enjuiciados es el concerniente a los parques nacionales que se extienden por el territorio de más de una Comunidad Autónoma, para los cuales se prevén los mismos órganos que para los intraautonómicos. Aquí el canon de constitucionalidad a decir del TC se abre a mecanismos de coordinación y cooperación, e incluso cuando la actividad pública no sea susceptible de fraccionamiento y requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar un solo titular, puede recalar la competencia en el Estado. Con base en estos criterios el TC se pronuncia en el siguiente sentido:

– Artículo 23.2, deviene inconstitucional. La Comisión Mixta de Gestión que se creaba tenía asignadas las mismas funciones que las de los parques intraautonómicos. Para el TC el legislador debería haber instrumentado mecanismos de coordinación para la gestión de los parques por la Comunidades Autónomas integrando su actividad en ellas.

– Artículo 23 bis.2, el patronato que se crea al confiarle funciones consultivas fundamentalmente se declara plenamente constitucional.

– Artículo 23 ter.2, al fijar el nombramiento de los Directores-Conservadores de los parques por el Ministerio de Medio Ambiente, determina la apreciación de inconstitucionalidad del mismo.

– Disposición Adicional Séptima de la Ley 41/1997, en cuanto abre la posibilidad de suscripción voluntaria de acuerdos entre el Gobierno de la Nación y los de las Comunidades Autónomas afectadas para favorecer la gestión de los parques se declara constitucional.

El tercer grupo de preceptos tiene por objeto la planificación del espacio físico. Los criterios de la doctrina constitucional que sigue el Tribunal se fundamentan en tres criterios asentados en la STC 102/1995: el mandato de planificar se acomoda al concepto de lo básico, la facultad planificadora se reconoce a las "Administraciones públicas competentes" y las Directrices para la ordenación de los recursos naturales se configuran materialmente como el escalón superior de la planificación ecológica, constituyendo el vértice de la estructura piramidal que termina por abajo en los Planes rectores de uso y gestión. Con base en los mismos el TC resuelve sobre los preceptos analizados.

– Artículo 19.1 y 3, se declaran inconstitucionales aquellos incisos que reconocen la competencia de la Administración General del Estado para aprobar los planes rectores de uso y gestión de los parques interterritoriales.

– Artículo 19.7, decae por inconstitucional el inciso referente a la intervención autorizatoria de la Comisión Mixta de Gestión por invadir las competencias autonómicas de gestión.

El último bloque de preceptos enjuiciados es el referente a la financiación. Lo integran el artículo 22.3, párrafo segundo, de la Ley 4/1989 y la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/1997. Con arreglo a ellos la financiación corre a cargo de los presupuestos Generales del Estado y de las aportaciones de las Comunidades Autónomas y se fija un plazo de dieciocho meses desde la entrada en vigor de la Ley para alcanzarlo. De ello se deduce que se establece el criterio de la gestión y financiación conjunta. Pues bien el Tribunal aplicando la doctrina sentada en sus Sentencias 13/1992 y 128/1999, declara la inconstitucionalidad de los preceptos por invadir la competencia de las Comunidades recurrentes en materia de espacios naturales por las mismas razones que la gestión conjunta de los parques Nacionales tampoco los respetaba.

Finalmente se enjuicia de manera separada la Disposición Adicional Tercera en la que se habilita al Gobierno de la Nación para incorporar terrenos colindantes al ámbito territorial de los Parques a propuesta del Ministro de Medio Ambiente o de las Comunidades Autónomas interesadas. El Tribunal lleva a cabo un pronunciamiento interpretativo en el sentido de que se exigiría para la incorporación de bienes autonómicos la iniciativa autonómica, mientras que la iniciativa podrá ser autonómica o del Ministro de Medio Ambiente si se trata de incorporar bienes estatales o de terceros sin obviarse no obstante la conformidad autonómica. Interpretada así la disposicón sería constitucional.

Por último, el Tribunal determina el alcance de la sentencia precisando que "la declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos no lleva aparejada su inmediata declaración de nulidad, la cual se difiere hasta el momento en el que las Comunidades Autónomas regulen las modalidades de gestión de los parques nacionales de su competencia".

6. AGUAS CONTINENTALES

A) Delito ecológico: no concurrencia por falta de prueba

Viene siendo calificado el delito ecológico como un delito de peligro abstracto por la jurisprudencia [así, **STS de 24 de octubre de 2003** –crónica XIII.7.A) del núm. 24 de *Justicia Administrativa*–]. En la **STS de 25 de mayo de 2004** Ar. 4166, (Sala de lo Penal), a pesar de que se parte de esa idea, se absuelve a los acusados confirmando la Sentencia de la AP de Barcelona, por falta de prueba. En efecto, no concurrieron en el presente asunto los tres elementos que configuran el tipo delictivo contenido en el artículo 347 bis del Código Penal de 1973 (posterior artículo 325 del Código Penal de 1995), como son: a) la emisión de vertidos a las aguas terrestres; b) que dicha conducta suponga una contravención de la normativa medioambiental aplicable, y c) que esa actuación ponga en peligro grave la salud de las personas, o pueda perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. No concurrió este último requisito en el caso que se debate, pues a pesar de lo sostenido en contra por el Ministerio Fiscal, no ha podido demostrarse con ninguna prueba el alcance con que los vertidos repercutieron negativamente en la composición de las aguas del río.

B) Evaluación de impacto ambiental: necesidad de trámite de valoración medioambiental de un proyecto de modificación de una gran presa para producción de energía eléctrica

En la **STS de 9 de marzo de 2004,** Ar. 4030, se anula la Sentencia de la AN impugnada y se da la razón a un Ayuntamiento que se oponía a la validez de unas Resoluciones de 1993 y 1995 del Ministerio de Obras Públicas que autorizaban la modificación de las características de una concesión otorgada en 1951 para la construcción de una gran presa de producción de energía eléctrica, denominada Suarna, a ubicar en los municipios de Ibias (Asturias), Fonsagrada y Navia de Suarna (Lugo). Así, debe concurrir el trámite de la evaluación de la incidencia ambiental del proyecto, pues la modificación que se solicitó con fecha de 10 de julio de 1985 por la empresa titular de la concesión inicial, y que se decide por las Resoluciones de 1993 y 1995 antes referidas y objeto de controversia, implicaba un aumento de potencia, y a esta variación ha de aplicársele lo dispuesto en el artículo 90 de la Lag. de 1985 (posterior artículo 98 del TR de Lag. de 2001), en el RD Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, y en el RD 1131/1988, de 30 de septiembre, de manera que el órgano ambiental correspondiente pueda pronunciarse sobre las medidas correctoras que deban introducirse en el proyecto.

7. MINAS: DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

En este apartado, destaca la **STS de 7 de abril de 2004**, Ar. 5012, que confirma la STSJ de Aragón de 1 de marzo de 2001 y da la razón al Gobierno autónomico, que en 1995 modificó una declaración de impacto ambiental formulada en 1993, en el municipio de Ruesca (Zaragoza), en relación con el Plan de Explotación de una concesión minera.

En este caso, el Ayuntamiento pretendía que se volviera a seguir el trámite establecido en el Decreto autonómico 45/1994, de 4 de marzo, de Evaluación de Impacto Ambiental, con la posibilidad de intervenir de nuevo en el procedimiento.

El TS considera que las modificaciones introducidas en 1995 por el Gobierno de Aragón en la declaración de impacto ambiental inicial de 1993 ya estaban previstas en esta última, como otra alternativa existente a la que al principio se adoptó. Por ello, se estima que no se ha vulnerado el principio de audiencia previa, y por tanto no es preciso tramitar un procedimiento independiente.

8. FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL

A) Aguas continentales: Cánones de saneamiento y otros tributos hídricos regionales: varias cuestiones

La **STS de 10 de julio de 2004,** RJA 6507, reproduce otras anteriores desestimatorias en relación con diversos tributos hídricos catalanes, antecedentes del actual canon del agua. Se trataba de los recursos presentados colectivamente por empresas hoteleras que perseguían combatir tanto la tarifa por el abastecimiento de agua como estos tributos regionales. El Tribunal Supremo advierte que las impugnaciones contra los tributos de la Comunidad Autónoma deben seguir otra vía, en concreto a través de la vía económico-administrativa de la Comunidad Autónoma, sin que en un mismo recurso puedan sustanciarse cuestiones referidas tanto a la prestación local como a la regional. Sin perjuicio de la vía formal escogida, el Tribunal Supremo aprovecha para legitimar situaciones como la aplicación de estos tributos incluso en períodos en los que no haya consumo y se apliquen los mínimos legales o que a las empresas del sector se pueda aplicar la tarifa para usos domésticos y no para usos industriales.

La **STSJ de Cataluña de 25 de febrero de 2004,** JT 834, desestima recursos planteados contra el antiguo Canon de Infraestructuras Hidráulicas, siguiendo la doctrina sentada en sentencias anteriores. Destacamos de esta sentencia la no vulneración del principio de reserva de ley por la incorporación al reglamento del tributo de un sistema de estimación objetiva. Y también la circunstancia de que la exigencia de este tributo no estaba vinculada a la aprobación de un Programa de Obras Hidráulicas.

En cambio la **STSJ de Cataluña de 17 de diciembre de 2003,** JT 2004, 814, estimó la reclamación presentada contra liquidaciones relativas al canon de saneamiento respecto de períodos en los que no existía un plan de saneamiento válido habilitante de dicha exacción.

Finalmente, la **STS de 22 de junio de 2004,** RJA 5137, ha casado la Sentencia del TSJ de Galicia de 12 de marzo de 1999, estimando el recurso planteado por el sujeto pasivo. Se basó nuevamente en la nulidad del Reglamento de desarrollo del canon de saneamiento, por no haber sido informado por el Consejo de Estado en la hipótesis presente en este caso en que la Comunidad Autónoma no había creado un órgano consultivo equivalente.

B) Otros tributos medioambientales

a) Gravamen catalán sobre las actividades de las que pueda derivar la activación de planes de protección civil: declaración de constitucionalidad

La Ley de Protección Civil de Cataluña creó el llamado Gravamen sobre los elementos patrimoniales afectos a las actividades de las que pueda derivar la activación de planes de protección civil. Se trataba de un impuesto que grava situaciones muy diversas (desde tendidos eléctricos a centrales nucleares, embalses, aeropuertos,…) La **STC 168/2004, de 6 de octubre,** desestima el recurso planteado por el Presidente del Gobierno. Por una parte, se rechaza que pueda violentar el reparto competencial, en particular la competencia básica estatal en materia energética: el legislador autonómico no ha tratado con este gravamen de organizar, dirigir u ordenar, ni de incidir directamente en el proceso de producción o transporte de energía, sino tan sólo de gravar la peligrosidad de dichas actividades.

Por otra parte, se rechaza que vulnere la prohibición implícita en el artículo 6.3 de la LOFCA, por invadir las materias tributarias reservadas a las Corporaciones Locales "propiedad inmobiliaria" o "realización de actividades económicas".

Para el Tribunal Constitucional, el objeto no coincide con ninguno de los dos impuestos municipales referidos, puesto que el gravamen no somete a tributación la capacidad económica exteriorizada por la titularidad de determinados bienes inmuebles o de derechos reales sobre ellos, como sucede en el impuesto sobre bienes inmuebles, ni la hipotéticamente derivada del ejercicio de actividades empresariales, profesionales o artísticas, que es el caso del impuesto sobre actividades económicas, sino las instalaciones y actividades en las que concurre una indudable peligrosidad para las personas y los bienes y a las que ha de hacerse frente mediante la activación de los correspondientes planes de protección civil.

Se considera relevante que los sujetos obligados al pago del gravamen no son los titulares de tales elementos patrimoniales, como sería lógico que sucediera si éstos constituyeran el objeto del tributo que nos ocupa, sino quienes realicen la actividad a la que están afectos dichos elementos patrimoniales. Y es que la consideración adoptada para el gravamen no es la riqueza fundiaria, el bien en sí, como sucede en el impuesto sobre bienes inmuebles, sino la relación instrumental de las instalaciones y la actividad potencialmente generadora de grandes riesgos.

Todo ello condujo al Tribunal Constitucional a identificar como objeto del gravamen el riesgo que para la protección civil encierran ciertas instalaciones y actividades, lo que evita toda confusión con el impuesto sobre actividades económicas, pues no se grava la actividad porque pueda generar rentas para quienes las realicen sino en tanto en cuanto representen un peligro al que haya de hacerse frente mediante los oportunos planes de protección civil.

Se hace notar a este respecto, para explicar un fallo contrario a otros referidos a impuestos pretendidamente ecológicos de otras Comunidades Autónomas (impuesto balear sobre

instalaciones que inciden en el medio ambiente) que en la fijación del tipo aplicable o de la tarifa el legislador autonómico ha empleado criterios no estrictamente vinculados con los ingresos de las empresas explotadoras de las instalaciones o que realizan las actividades sino con su producción, utilizándose el volumen de facturación únicamente para establecer las escalas de cantidades máximas a ingresar por este concepto.

El Tribunal Constitucional también apela a que de la regulación legal del gravamen se infiere su inmediata vinculación a la realización de una política pública sectorial, aquí la prevención de grandes riesgos, así como su afección a la financiación de un fin concreto, puesto que el producto íntegro del gravamen se destina a la constitución de un fondo de seguridad, que tiene por objeto la financiación de actividades de previsión, prevención, planificación, información y formación. Sobre ello afirma que el legislador autonómico no ha creado una nueva fuente de ingresos públicos con fines genéricamente fiscales, sino un tributo finalista encaminado a corresponsabilizar a los creadores de riesgos para la protección civil en la prevención y lucha contra los mismos.

Concluye el Tribunal señalando que el gravamen no es un tributo de carácter contributivo, sino que prima su vertiente retributiva, pues su exacción no depende del valor del bien o de la renta que potencialmente produzca, sino del riesgo que encierra, de su peligrosidad, medidos en términos de protección civil. Por lo que no se da aquí un fenómeno de doble imposición.

b) Impuesto sobre Sociedades: deducción por inversiones medioambientales

La **STSJ de Justicia de Castilla-La Mancha de 2 de abril de 2004,** JT 991, desestima el recurso planteado contra la resolución del Consejero de Agricultura y Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma por la que se denegaba la certificación de la inversión en un horno eléctrico de fusión de lana de vidrio, destinada según la recurrente a la protección del medio ambiente. Dicha certificación era exigida por el Real Decreto 1594/1997, de 17 de octubre, por el que se regula esa deducción. La Administración demandada entendía que la sustitución del antiguo horno de gas por el nuevo no tiene como único objeto la protección del medio ambiente, de acuerdo con lo que señala el Reglamento citado. El recurrente consideraba que de ser ésa la lectura del Reglamento, dicho reglamento sería ilegal. El TSJ considera que la especificidad de la inversión puede ampararse en la letra de la ley que da cobertura al texto reglamentario, por lo que, constatada la no exclusividad, desestima el recurso.

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) Denominaciones de Origen. Nulidad de la Orden que otorga el carácter de calificada a la Denominación de Origen "Rioja" y aprueba su Reglamento y Consejo Regulador. Falta de dictamen preceptivo del Consejo de Estado. B) Normas técnicas de calidad industrial. Jamón ibérico, paleta ibérica y caña de lomo ibérico.C) Plan de Actuación en comarca andaluza declarada de reforma agraria. D) Concentración parcelaria.**3. Ayudas públicas.** A) Derecho comunitario. a) Concepto de ayuda. a') La atribución de una ventaja económica. b') En especial, el criterio del inversor privado. c') En especial, la financiación del cumplimiento de obligaciones de servicio público. d') Carácter selectivo. b) Carácter público. c) Incompatibilidad con el mercado común. B) Derecho interno. a) Denegación de prórroga. b) Devolución de las cantidades entregadas. **4. Contratación pública. Derecho Comunitario.** A) El concepto de entidad adjudicadora. B) Criterios de adjudicación. **5. Derecho de la Competencia.** A) Concentración económica. B) Prácticas restrictivas de la competencia. **6. Gas.** A) Reductores de gas de instalaciones domésticas. B) Determinación de los precios de los gases licuados del petróleo y acción de responsabilidad. **7. Sector eléctrico.** A) Distribución de competencias y evaluación de impacto ambiental. B) Cogeneración de energía eléctrica. Puntos de medida de los consumos y tránsitos de energía eléctrica. C) Requisitos de medida en baja tensión de consumidores y centrales de producción en régimen especial. D) Declaración de utilidad pública de línea eléctrica. **8. Seguros. 9. Servicios postales. 10. Telecomunicaciones.** A) Asignación de bloques de numeración geográfica. B) Por cable. **11. Transportes.** A) Servicio de auto taxi. a) Situación de incompatibilidad. Pérdida de licencia. b) Establecimiento de turnos de horarios. B) Transporte de viajeros por carretera. a) Expediente de convalidación-sustitución de concesión. b) Derecho de preferencia del titular de concesión de servicio regular preferente.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se incluye el examen de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en materia de ayudas públicas y contratos, dictadas durante el año 2004, así como las sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los cuadernos de Aranzadi 15 a 25 de 2004.

2. AGRICULTURA

A) Denominaciones de Origen. Nulidad de la Orden que otorga el carácter de calificada a la Denominación de Origen "Rioja" y aprueba su Reglamento y Consejo Regulador. Falta de dictamen preceptivo del Consejo de Estado

La **STS de 10 de junio de 2004,** Ar. 4020, estima el recurso de casación interpuesto por la Agrupación de Artesanos y Bodegueros de Rioja y declara la nulidad de la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de 3 de abril de 1991, que otorga el carácter de calificada a la Denominación de Origen "Rioja" y aprueba su Reglamento y Consejo Regulador, así como de la Resolución de la Dirección General de Política Alimentaria, de 7 de enero de 1992, que aprueba las normas relativas al proceso de calificación que deben superar los vinos con derecho a la Denominación de Origen calificada "Rioja". La declaración de nulidad de esta Orden se debe a la falta del preceptivo Dictamen del Consejo de Estado y de la Resolución al hecho de que se dicta en desarrollo de una orden anulada.

Dos sentencias posteriores del Tribunal Supremo, de fecha 20 de julio de 2004, fundamentan sus respectivos fallos en la declaración de nulidad de esta Orden. En primer lugar, la sentencia Ar. 2004\4916, que desestima el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado con la pretensión de que se declare la validez de algunos artículos del Reglamento aprobado por la Orden anulada. Y, en segundo término, la sentencia Ar. 2004\4917, que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad Federico Paternina S.A. con la pretensión de que se declare la nulidad de algunos artículos de ese mismo Reglamento.

B) Normas técnicas de calidad industrial. Jamón ibérico, paleta ibérica y caña de lomo ibérico

La **STS de 18 de mayo de 2004,** Ar. 3918, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) contra el Real Decreto 144/2003, de 7 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1083/2001, de 5 de octubre, por el que se aprueba la norma de calidad para el jamón ibérico, paleta ibérica y caña de lomo ibérico.

La parte recurrente solicita la declaración de nulidad de la disposición impugnada por contravenir doblemente a la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria. De entrada, por el hecho de invadir la Administración competencias reservadas en el artículo 19 de la ley a entidades privadas, como es el caso de AENOR (reconocida como organismo de normaliza-

ción por Orden del Ministerio de Industria y Energía de 26 de febrero de 1986, de acuerdo con el Real Decreto 1614/1985, de 1 de agosto). Y, en segundo lugar, por dotar de carácter obligatorio a una norma que la ley, en su artículo 8.3, otorga el carácter de no obligatoria.

La sentencia no da razón al recurrente, realizando las siguientes consideraciones. Por un lado, y de conformidad con lo establecido en la mencionada Ley de Industria, considera perfectamente diferenciables "normas técnicas" y "reglamentaciones técnicas", pero de dicha ley no resulta un ámbito material legalmente reservado a las "normas técnicas", en el sentido de que necesariamente haya de excluirse de la posibilidad de una regulación obligatoria en "reglamentaciones técnicas". Y por otro lado, considera el Tribunal que el Real Decreto impugnado no se limita a establecer especificaciones técnicas de elaboración para el jamón ibérico, paleta ibérica y caña de lomo ibérico, sino que tiene un contenido más amplio sobre control, requisitos para la autorización de los organismos independientes de control, requisitos de los laboratorios, autoridad competente y obligaciones de los organismos independientes de control. A través de las reglamentaciones técnicas, por último, la Administración asume la defensa de los intereses de los consumidores, convirtiendo en obligatorias las normas de calidad que incorpora.

C) Plan de Actuación en comarca andaluza declarada de reforma agraria

La **STS de 4 de mayo de 2004,** Ar. 3947, desestima el recurso de casación interpuesto por "Camponuba, SA" contra la sentencia de 7 de junio de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que desestima los recursos acumulados contra el Decreto 124/1990, de 2 de mayo, del Gobierno andaluz por el que se aprueba el Plan de Actuación en la Comarca de Reforma Agraria Condado-Campiña, en la provincia de Huelva. Este Decreto declara la mencionada comarca de reforma agraria, obligando a declarar a los titulares de las explotaciones los aprovechamientos obtenidos en los cinco años anteriores. Y de estos aprovechamientos dependía el que las fincas fueran expropiadas, sometidas a un plan de mejora o al impuesto sobre tierras infrautilizadas, según el artículo 19 de la Ley Andaluza de Reforma Agraria de 3 de julio de 1984.

Los tres primeros motivos de casación alegados tienen en común la pretendida infracción por el citado Decreto andaluz del artículo 9.3 de la Constitución. En primer término, se denuncia la vulneración de la prohibición de retroactividad, ya que el Decreto determina la expropiación de la finca del recurrente por hechos acontecidos antes de la entrada en vigor de la Ley Andaluza de Reforma Agraria. En segundo lugar, se sostiene que estamos ante una actuación arbitraria, como consecuencia de que los titulares de las explotaciones no conocieron las producciones concretas que debían haber obtenido y los empleos que debían haber dado a sus explotaciones durante los cinco años anteriores a la declaración de la comarca como de reforma agraria para no ser expropiados, sometidos al plan de mejora o al impuesto de tierras infrautilizadas. Y, por último, se afirma la existencia de una quiebra de la seguridad jurídica, como consecuencia del sometimiento a la expropiación, plan de mejora o impuesto mencionados por el incumplimiento de unos índices de aprovechamiento cuya cuantía se determina y conoce al mismo tiempo y simultáneamente a la expropiación.

El cuarto y último motivo de casación es por vulneración de los artículos 149.1.1, 149.1.18 y 139 de la Constitución. Tanto el artículo 72.4 de la Ley de Expropiación Forzosa como el artículo 5 de la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables establecen como requisito esencial para la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad el previo requerimiento al titular de la propiedad para que repare el incumplimiento y sólo cabe la expropiación si lo desatiende. Por el contrario, el artículo 19.1.2.a) de la Ley Andaluza de Reforma Agraria prescinde de este requisito y ordena la inmediata expropiación. El Decreto impugnado, por su parte, no concede plazo alguno para cumplir a los que en él figuran como incumplidores. De este modo, la tesis del recurrente es que la vulneración del artículo 149.1.18 se produce porque este precepto atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de expropiación forzosa. El artículo 149.1.1, por su parte, resulta vulnerado en tanto que atribuye al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos. Y, en fin, se vulnera el artículo 139.1 de la Constitución en cuanto otorga a todos los españoles los mismos derechos y deberes en cualquier parte del territorio del Estado.

El Tribunal Supremo, con fundamento en su propia jurisprudencia y en la del Tribunal Constitucional, desestima todos estos motivos de casación y, además, no considera procedente el planteamiento solicitado por la parte recurrente de cuestión de inconstitucionalidad del artículo 19.1.2.a) de la Ley Andaluza de Reforma Agraria por vulneración de los artículos 9.3, 149.1.1 y 149.1.18, con el argumento de que el Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de dicho precepto legal.

D) Concentración parcelaria

La **STS de 4 de noviembre de 2003,** Ar. 2004\5553, desestima el recurso de casación interpuesto por el propietario de una finca contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 25 de mayo de 1999, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden de 3 de mayo de 1996 del Consejero de Agricultura y Medio Ambiente de la Diputación General de Aragón. Esta orden desestimó el recurso administrativo interpuesto contra la resolución de la Dirección General de Estructuras Agrarias de 28 de marzo de 1995, sobre aprobación de acuerdo de concentración parcelaria en Pozuelo de Aragón (Zaragoza).

Una segunda sentencia (Ar. 2004\5586), de igual fecha que la anterior, desestima también el recurso de casación interpuesto por otro propietario de finca contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 26 de mayo de 1999, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de recursos administrativos interpuestos contra la resolución de la Dirección General de Estructuras Agrarias de 28 de marzo de 1995, arriba citado.

La **STS de 3 de junio de 2004,** Ar.3808, desestima el recurso de casación interpuesto por un matrimonio propietario de tierras afectado por una concentración parcelaria contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de diciembre de 2001, que des-

estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra determinadas resoluciones de la Consejería competente de la Junta de Galicia, relativas a la declaración de utilidad pública de determinada concentración parcelaria, a sus bases definitivas y otros extremos.

El Tribunal Supremo confirma los razonamientos del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que rechazó las tres impugnaciones realizadas por los recurrentes: la referida al Decreto autonómico 197/1989, de 7 de septiembre, que declaró la utilidad pública y el interés social de la urgente ocupación de las tierras; la relativa a las bases definitivas de la concentración parcelaria; y, por último, la que tiene como objeto ciertas actividades que se calificaban como vía de hecho, realizadas para abrir caminos en la zona afectada por la concentración.

La **STS de 28 de junio de 2004,** Ar. 5196, en cambio, estima el recurso de casación interpuesto por otros propietarios de tierras igualmente afectados por una concentración parcelaria contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 diciembre de 2001, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo de Concentración Parcelaria de la Zona de Trabancas, adoptado por la Dirección General de Estructuras y Desarrollo Rural, con fecha de 20 de noviembre de 1997, y las resoluciones del Secretario General de la Consellería de Agricultura, Ganadería y Política Agroalimentaria, de 28 de mayo de 1998, que desestimaron los recursos administrativos interpuestos contra el anterior acuerdo.

El Tribunal Supremo anula la sentencia impugnada al estimar el motivo de casación consistente en la incongruencia apreciada en ella. Ahora bien, "al resolver sobre el fondo o cuestiones objeto de debate procesal", confirma la desestimación del recurso contencioso-administrativo y, con ello, la validez de los actos administrativos de concentración parcelaria impugnados.

3. AYUDAS PÚBLICAS

A) Derecho comunitario

a) Concepto de ayuda

El Tribunal de Justicia interpreta el concepto de ayuda como una medida que otorga una ventaja económica (*infra*, 1.1) de carácter selectivo (*infra*, 1.4). No obstante, durante el período de tiempo que abarca esta crónica la jurisprudencia comunitaria ha tenido que afrontar, en relación con el primero de los elementos señalados, diversas cuestiones que merecen un tratamiento especial: la interpretación del criterio del inversor privado (*infra*, 1.2), y la cuestión de si el concepto de ayuda es aplicable o no a determinados mecanismos de financiación del déficit derivado del cumplimiento de obligaciones de servicio público (*infra*, 1.3).

a') La atribución de una ventaja económica

La **STPI de 21 de octubre de 2004, As. T-36/99, *Lenzing***, recuerda que el concepto de ayuda no sólo abarca las prestaciones positivas, tales como las subvenciones, los préstamos o

las tomas de participación en el capital de empresas, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos. En el asunto que aborda la sentencia citada, el TPI sostiene que algunos comportamientos de la Tesorería General de la Seguridad Social y del Fogasa proporcionaron a *Sniace*, una empresa española que había sido declarada en suspensión de pagos, una ventaja competitiva. En particular, el primero de los organismos citados toleró que *Sniace* no pagase sus deudas por cuotas de la Seguridad Social durante un período que se prolongó desde 1991 a 1997. Más concretamente, la TGSS no reaccionó hasta marzo de 1996, cuando celebró un primer acuerdo de aplazamiento. Sin embargo, a pesar de que el acuerdo no fue cumplido por *Sniace*, y de que ésta siguió acumulando nuevas deudas por cuotas de la Seguridad Social, la TGSS tampoco solicitó la ejecución forzosa de sus créditos. Pues bien, el TPI sostiene que "el comportamiento de un organismo público competente para recaudar las cuotas de la Seguridad Social que permite que éstas se paguen con retraso da a la empresa que se beneficia de ello una ventaja comercial apreciable, al mitigar, a su favor, la carga que deriva de la aplicación normal del régimen de Seguridad Social" (apartados 136 y ss.). En relación con el comportamiento del Fogasa, el TPI realiza una importante diferenciación. Por una parte, "reconoce que, al aceptar pagar los salarios e indemnizaciones (…), el Fogasa atendió las solicitudes legítimas presentadas por el personal de *Sniace*. Desde este punto de vista, la actuación de dicho organismo no contiene elementos constitutivos de ayudas de Estado". Por otro lado, sin embargo, el TPI señala que "los salarios e indemnizaciones debidos a los trabajadores de una empresa forman parte de los costes normales de la actividad de ésta, que en principio está obligada a soportar con cargo a sus recursos propios. Por tanto, cualquier actuación pública destinada a financiar estos costes podrá constituir una ayuda siempre que tenga como consecuencia conceder una ventaja a la empresa, con independencia de que los pagos se realicen a ésta directamente o a sus trabajadores a través de un organismo público. Al tolerar que no se cumpliesen los vencimientos de la devolución de la deuda contraída a causa de los citados pagos, el Fogasa concedió a *Sniace* una ventaja comercial cierta al mitigar a su favor una carga que normalmente recae sobre su presupuesto" (apartado 146). En otros términos, el TPI no cuestiona que el Fogasa acepte pagar los salarios e indemnizaciones a los trabajadores de *Sniace*, sino que, posteriormente, tolere el incumplimiento por parte de esta última de los convenios de devolución, sin exigir el pago inmediato del importe total de sus créditos, recurriendo, en su caso, a la ejecución de las garantías de las que disponía.

La **STJCE de 11 de noviembre de 2004, As. C-73/03, *España/Comisión***, llega a la misma conclusión en relación con la Disposición Transitoria Séptima de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, de 30 de diciembre), por la que se prorrogan para los años 2000 y 2001 los beneficios fiscales aplicables a la transmisión de determinadas fincas rústicas y explotaciones agrícolas, previstos en una ley de 1995 para un período de cinco años. Estos beneficios consisten en una tributación de las plusvalías, en el marco del impuesto sobre la renta de las personas físicas, más favorable que la resultante del régimen normalmente aplicable. A través de dicha pró-

rroga se produce "una reducción de las cargas fiscales que normalmente gravan, en el marco del impuesto sobre la renta, las plusvalías obtenidas en las ventas de fincas" (apartado 14). Por otro lado, "la alegación de las autoridades españolas según la cual dicha medida tiene por objeto remediar la insuficiente dimensión superficial de las explotaciones agrarias en España no es pertinente. En efecto, el Tribunal de Justicia ha subrayado en reiteradas ocasiones que las ayudas de Estado no se caracterizan por sus causas o sus objetivos, sino que se definen en función de sus efectos (véase, en particular, la sentencia de 15 de julio de 2004, España/Comisión, C-501/00, aún no publicada en la Recopilación, apartado 125). Por consiguiente, la circunstancia de que esta medida tenga un objetivo de política comercial o industrial, como la concentración de tierras agrícolas, no basta para impedir calificarla de 'ayuda' en el sentido del artículo 87.1 del Tratado CE" (apartado 16).

b') En especial, el criterio del inversor privado

Determinar si a través de una medida se ha otorgado o no una ventaja competitiva puede, según los casos, resultar problemático. Con el objeto de mitigar esta dificultad el Tribunal ha diseñado el criterio del inversor privado en una economía de mercado. La **STPI de 16 de septiembre de 2004, As. T-274/01, *Valmont***, ilustra la vinculación entre esta doctrina y el concepto de ayuda, al recordar que "constituyen ventajas a efectos del artículo [87.1 del Tratado CE], las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, se asemejan a una subvención (…), como, en particular, el suministro de bienes o la prestación de servicios en condiciones preferenciales (…). Aplicado al caso de la venta de un terreno a una empresa por parte de una entidad pública, la consecuencia de este principio es que debe determinarse si, en particular, el adquirente no habría podido conseguir el precio de venta en condiciones normales de mercado" (apartados 44 y s.).

En el asunto resuelto por la sentencia citada el problema se plantea en relación con la venta de un terreno. En opinión de la Comisión, que se basa a estos efectos en el informe de un perito independiente, la venta contenía un elemento de ayuda estatal debido a que el precio de venta (30 NLG/m^2) era inferior al que dicho informe consideraba el precio de mercado (42 NLG/m^2). A este respecto el TPI afirma que la legalidad de una Decisión en materia de ayudas de Estado debe examinarse en función de la información de que podía disponer la Comisión en el momento en que la adoptó. En el caso de autos, se sigue de ello que la Comisión disponía del informe pericial que contenía la referencia de 42 NLG/m^2, y que no estaba dispensada de apreciar el valor probatorio de ésta. En efecto, aunque recurrir a la ayuda de peritos externos es una mera facultad y no una obligación de la Comisión, no por ello está exenta de valorar su trabajo, toda vez que la responsabilidad central y exclusiva de garantizar, bajo el control del juez comunitario, la observancia del artículo 87 del TCE y la aplicación del artículo 88 del TCE incumbe a la Comisión y no a dichos peritos. En otros términos, corresponde a la Comisión valorar el contenido del informe, ya al TPI revisar la valoración realizada por la Comisión (apartados 53 y 72). Pues bien, del mismo contenido del informe resulta que el supuesto precio de mercado de 42 NLG/m^2, no se basa en la suma de elementos comprobables (apartado 64). Por otro lado, al ser requerida para expresarse acerca del valor probatorio del informe pericial, la Comi-

sión expuso varios argumentos con vistas a justificar el precio de mercado de 42,50 NLG/m² al que dicho documento llega como conclusión, y a desechar como posible precio de mercado otro inferior, cercano al efectivamente pagado por *Valmont*. No obstante, ninguno de esos argumentos resulta convincente a juicio del TPI (apartados 70 y ss.), que concluye así afirmando que la Comisión incurrió en aplicación errónea del artículo 87.1 del TCE, al considerar, basándose en un informe pericial carente de valor probatorio en ese aspecto, que la venta del terreno contenía un elemento de ayuda estatal (apartado 90).

La **STJCE de 29 de abril de 2004, As. 278/00, *Grecia/Comisión***, se pronuncia sobre otro tipo de medidas que suele ser analizado a través del prisma que proporciona el criterio del inversor privado, cual es el de los créditos otorgados por la banca pública. Afirma a este respecto el Tribunal que constituye una ayuda, por implicar la atribución al beneficiario de una ventaja económica, la medida consistente en fijar condiciones de reescalonamiento de deudas especialmente favorables para el prestatario; en particular, "es difícil imaginar que una entidad de crédito privada, que opere en condiciones normales de mercado, hubiera aceptado un período de carencia de tres años y un tipo de interés del 50 por ciento del tipo de interés de mercado, como se prevé en dicho artículo" (apartado 46).

La **STPI de 8 de julio de 2004, As. T-198/01, *TGI***, se refiere a otros dos elementos centrales del criterio del inversor privado (apartados 97 y ss.), a propósito de la privatización de la empresa *IGW* por parte de *BvS*, un organismo alemán encargado de reestructurar las empresas públicas de la antigua República Democrática. El problema se plantea con motivo de la reducción del precio de venta otorgada por *BvS* a *TGI*, compradora de aquélla y eventual beneficiaria de la ayuda. El primero de los dos elementos es el de los términos y el alcance del control judicial de las decisiones adoptadas por la Comisión en aplicación del criterio comentado: "la apreciación por la Comisión de la cuestión de si una medida cumple el criterio del operador privado en una economía de mercado requiere una valoración económica compleja. La Comisión, cuando adopta un acto que requiere tal apreciación, goza de un amplio poder de apreciación y el control jurisdiccional, aunque en principio es completo por lo que respecta a la cuestión de si una medida está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 87 CE, apartado 1, se limita a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la inexistencia de error de Derecho, la exactitud material de los hechos tenidos en cuenta y la falta de error manifiesto en la apreciación de dichos hechos, así como la inexistencia de desviación de poder. En particular, no corresponde al Tribunal de Primera Instancia sustituir la apreciación económica del autor de la Decisión por la suya propia". El segundo elemento acerca del que se pronuncia la **STPI de 8 de julio de 2004, As. T-198/01, *TGI***, es el relativo al contenido del test. El criterio del inversor privado implica como regla comparar la medida controvertida "con el comportamiento de un inversor privado que persigue una política estructural, global o sectorial, y se guía por perspectivas de rentabilidad a largo plazo de los capitales invertidos". Sin embargo, en ciertas ocasiones –como la planteada en ese asunto– resulta pertinente aplicar el criterio del "acreedor" privado en una economía de mercado, en virtud del cual el organismo estatal que adopta la medida controvertida "debe, en realidad, compararse a un acreedor privado que trata de recuperar las

cantidades que le adeuda un deudor que se enfrenta a dificultades financieras" (apartados 98 y s.).

La **STPI de 21 de octubre de 2004, As. T-36/99, *Lenzing***, a la que ya se ha hecho alusión, aplica también el criterio del acreedor privado a los comportamientos realizados por la Tesorería General de la Seguridad Social y el Fogasa. En opinión del TPI, la Comisión incurrió en un error manifiesto de apreciación al concluir que dichos comportamientos cumplían el criterio del acreedor privado (apartados 154 y ss.). En primer lugar, la Comisión alcanzó esta conclusión tras realizar "una comparación entre el comportamiento de estos dos organismos y el de los acreedores privados de *Sniace*. Se basa principalmente en que la TGSS y el Fogasa, haciendo uso de su derecho de abstención, no participaron en el convenio de octubre de 1996 y, por tanto, a diferencia de los citados acreedores privados, no renunciaron *de facto* al 40 por ciento del importe de sus créditos. Añade que las condiciones de devolución previstas en dicho convenio son sensiblemente menos favorables para los acreedores privados que las acordadas con la TGSS y con el Fogasa". Sin embargo, el TPI considera que esta comparación es "manifiestamente errónea", porque "la TGSS y el Fogasa se encontraban en una situación distinta de la de los acreedores privados de *Sniace*". Teniendo en cuenta que "dichos organismos gozan de un derecho de abstención, que sus créditos son privilegiados y que disponen de determinadas garantías, a saber, una prenda en el caso de la TGSS y una hipoteca en el caso del Fogasa, (…) el 'planteamiento comparativo' entre estas dos categorías no constituye en el presente asunto una aplicación correcta del criterio del acreedor privado". En segundo lugar, la Comisión aducía que una entidad privada como *Banesto* tampoco había exigido la ejecución forzosa de sus créditos, pese a que éstos estaban garantizados por una hipoteca. Sin embargo, el TPI afirma que "esta segunda comparación no es, manifiestamente, más convincente que la primera. En efecto, ninguna pieza de los autos permite suponer que *Banesto* se encontrase en una situación comparable a la de la TGSS y el Fogasa". Por último, el TPI tampoco atiende la alegación de la Comisión, en el sentido de que al celebrar los acuerdos de aplazamiento y de devolución de que se trata, la TGSS y el Fogasa "[pretendían] recuperar al máximo las cantidades adeudadas sin sufrir una pérdida financiera". Y no lo hace porque, en su opinión, "estas afirmaciones no están en modo alguno demostradas. Por una parte, contradicen directamente la alegación reiterada de la Comisión según la cual la TGSS y el Fogasa contaban con privilegios y garantías suficientes, por lo que nada les incitaba a exigir la ejecución forzosa de sus créditos. Por otra parte, la Comisión no tenía información suficiente para poder apreciar con pleno conocimiento las perspectivas de rentabilidad a largo plazo y de viabilidad de *Sniace*".

c') En especial, la financiación del cumplimiento de obligaciones de servicio público

Durante los últimos años la jurisprudencia comunitaria ha desarrollado una construcción, de la que se ha venido dando cuenta en estas crónicas, acerca de la financiación del cumplimiento de obligaciones de servicio público. La **STPI de 16 de septiembre de 2004, As. T-274/01, *Valmont***, recuerda su contenido, con expresa referencia a las **SSTJCE de 24 de julio de 2003, As. C-280/00, *Altmark Trans***, y **de 27 de noviembre de 2003, As. acumulados C-34/01 a C-38/01, *Enirisorse***:

> "129 (…) si una intervención estatal debe considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, de forma que estas empresas no gozan, en realidad, de una ventaja financiera y que, por tanto, dicha intervención no tiene por efecto situarlas en una posición competitiva más favorable respecto a las empresas competidoras, tal intervención no está sujeta al artículo 87 CE, apartado 1.
>
> 130 Para que a tal compensación no se le aplique, en un caso concreto, la calificación de ayuda de Estado, deben cumplirse una serie de requisitos.
>
> 131 En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas. En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras. En tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones. En cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones."

En el asunto resuelto por la **STPI de 16 de septiembre de 2004, As. T-274/01, *Valmont***, el problema se plantea en relación con un aparcamiento construido y gestionado por la empresa *Valmont*. De un lado, parte de los costes habían sido financiados gracias a una ayuda municipal consistente en la reducción del precio de los terrenos. De otro lado, sin embargo, la propietaria soportaba "una carga al permitir a terceros hacer uso de su aparcamiento, por diversos motivos y de forma regular y gratuita, en virtud de un acuerdo celebrado, tanto en interés general como en interés de esos terceros, con una entidad local". El TPI considera, así, que la Comisión decidió erróneamente calificar el aparcamiento como infraestructura semipública, en lugar de como infraestructura pública, debido a que, como consecuencia del acuerdo: (i) determinadas empresas del sector del envío de mercancías y del transporte estaban autorizadas a hacer uso de esta infraestructura; (ii) esa autorización ha estado vigente sin interrupción desde que *Valmont* se estableció en el terreno; (iii) la autorización puede también considerarse permanente, en cuanto a que se extiende a las horas nocturnas y a los fines de semana; (iv) las empresas autorizadas no sólo pueden usar plazas de aparcamiento, sino también efectuar operaciones de carga y descarga, almacenar material y acceder más fácilmente a los terrenos enclavados en el lugar pertenecientes a dichas empresas; (v) se resuelve el problema de la falta de una infraestructura pública adecuada para el estacionamiento de semirremolques, y evita que

éstos sean estacionados en las calles de Maréese; y (vi) por último, las ventajas concedidas por *Valmont* a las empresas en cuestión son gratuitas. A la vista de todo ello, y una vez justificado que, como consecuencia del acuerdo celebrado con el municipio para la utilización de un terreno del que es propietaria, *Valmont* soporta, en interés general, una carga, el TIP concluye que "la Comisión no podía considerar de entrada que esa parte de la financiación beneficiaba necesariamente a *Valmont*, sino que debía examinar previamente, a la vista de los datos de que disponía, si esa parte de la financiación podía o no considerarse la contrapartida efectiva de la carga soportada por *Valmont*. Para ello, le correspondía comprobar si concurrían o no los requisitos" señalados. Sin embargo, "la Comisión se limitó a considerar que esa parte de la financiación beneficiaba a *Valmont*, y no indica en modo alguno que la Comisión examinase si podía considerarse la contrapartida de la carga soportada por *Valmont*".

La **STPI de 16 de marzo de 2004, As. T-157/01, *Danske***, conoce de un recurso de anulación interpuesto por *Danske*, una federación de empresas danesas de transporte público, contra una decisión de la Comisión en la que se considera que ciertas ayudas otorgadas por Dinamarca a *Combus*, empresa de transportes de personas en autobús tradicionalmente en mano pública, constituían ayudas compatibles con el Tratado CE.

En la Decisión impugnada la Comisión sostenía que el pago a *Combus* de la cantidad controvertida estaba destinado a cubrir las futuras pérdidas derivadas de los contratos celebrados por *Combus*. Se trataría, en particular, de compensaciones por las futuras pérdidas derivadas de las obligaciones de servicio público en el período 2001-2006, que corresponden a las autoridades danesas en virtud de los previsto en el Reglamento (CEE) n.º 1191/69 del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO L 156, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (CEE) núm. 1893/91 del Consejo, de 20 de junio de 1991 (DO L 169, p. 1). En opinión de la Comisión el régimen contractual danés es conforme con dicho Reglamento en la medida en que la licitación convocada por las colectividades locales "tiene en cuenta, al mismo tiempo, los factores costes e ingresos de la obligación tarifaria, de la obligación de explotación y de la obligación de transporte en el sentido de los artículos 10 a 13 del Reglamento". Según ella, dicho régimen "se atiene, además, a lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento núm. 1191/69 en relación con los contratos de servicio público". El pago de la cantidad controvertida constituye, en realidad, "un ajuste de la compensación normal que debe pagar Dinamarca". La Comisión afirma que la ayuda cumple también lo dispuesto en el Reglamento núm. 1191/69 "por cuanto tiene en cuenta la magnitud de las imposiciones económicas derivadas de las obligaciones de servicio público", y deduce de todo ello que la ayuda a la explotación de las líneas de autobuses de *Combus* durante el período 2001-2006 es compatible con el Tratado CE.

Sin embargo, el TPI no hace suya la argumentación de la Comisión:

> "80 En el caso de autos, las obligaciones de explotar, de transportar y de cobrar las tarifas fijadas no se impusieron unilateralmente a *Combus* y ésta no estaba obligada a ejecutar sus

prestaciones de transporte en condiciones que no fuesen rentables, contrarias a su interés comercial. Por el contrario, *Combus* asumió voluntariamente dichas obligaciones después de haber logrado la adjudicación de licitaciones que no contemplaban ninguna subvención estatal y en las que era libre de participar o no, en función de sus intereses económicos. Las prestaciones de transporte realizadas por *Combus* fueron remuneradas al precio que ella misma había propuesto en sus ofertas y que había sido reproducido en los contratos celebrados como consecuencia de las licitaciones. No puede, por lo tanto, llegarse a la conclusión de que *Combus* tuvo que asumir obligaciones de servicio público en el sentido del artículo 2, apartado 1, del Reglamento núm. 1191/69.

81 Las obligaciones recíprocas de *Combus* y de la autoridad competente estaban íntegramente determinadas por los contratos concluidos a tal efecto. Así pues, *Combus* tenía derecho al pago del precio contractual que ella misma había señalado en su oferta, y en contrapartida quedaba obligada, durante la vigencia de dichos contratos, a realizar las prestaciones de explotación, de transporte y de cobro de las tarifas fijadas por la autoridad competente, así como a reembolsar a ésta los ingresos procedentes de la venta de los billetes. En particular, *Combus* no tenía que asumir ningún riesgo tarifario, debido a que el precio contractual no se veía afectado por posibles cambios en el número de pasajeros o en los ingresos procedentes de la venta de billetes. Por lo tanto, en el marco de dicho régimen contractual, no había lugar a que *Combus* recibiese una compensación añadida a la contraprestación convenida.

82 Contrariamente a lo que afirma la Comisión, no es debido a las 'compensaciones' concedidas por las autoridades públicas, superiores a los ingresos procedentes de la venta de billetes, por lo que en realidad *Combus* había asumido obligaciones de servicio público. En efecto, *Combus* no recibió sino la contraprestación prevista en los contratos de transporte que había celebrado voluntariamente con las autoridades competentes tras adjudicársele las licitaciones.

83 Por lo tanto, la Decisión impugnada adolece de un error por cuanto considera que el pago de la cantidad de [Y] DKK es una compensación por obligaciones de servicio público en el sentido de los artículos 2 y 10 a 13 del Reglamento núm. 1191/69." (apartados 80 y ss.).

Pero la **STPI de 16 de marzo de 2004, As. T-157/01, *Danske***, sostiene, además, que aun cuando pudiera considerarse que *Combus* se hallaba sujeta a obligaciones de servicio público en la ejecución de sus prestaciones de transporte, por considerarse que estas prestaciones revestían, desde el punto de vista de los usuarios "un interés económico general que ofrece caracteres específicos en relación con el que revisten otras actividades económicas", el pago de la cantidad controvertida no se habría ajustado a las disposiciones pertinentes del Reglamento núm. 1191/69. Esta disposición introduce una excepción al principio de prohibición de las ayudas estatales consagrado en el artículo 87.1 del Tratado CE, que, por esta razón, debe ser interpretado restrictivamente. En particular, debe "limitarse a las ayudas que son directa y exclusivamente necesarias para la prestación del servicio público de transporte en sí, con exclusión de las subvenciones destinadas a cubrir déficit ocasionados a la empresa de transporte en autobús por circunstancias distintas de su obligación

de transporte, como las consecuencias de una mala gestión económica general que no es inherente al sector de los transportes. La financiación pública de estos últimos déficit no específicamente sectoriales sólo puede autorizarse con arreglo a las disposiciones generales del artículo 87 CE, apartados 2 y 3". Pues bien, en opinión del TPI las "pérdidas acumuladas por *Combus* no han sido ocasionadas directa y exclusivamente por el servicio de transporte en sí, sino que son principalmente consecuencia de la gestión general de la empresa, en particular de la presentación de ofertas de precios excesivamente bajos con el fin de conseguir la adjudicación de contratos públicos" (apartados 84 y ss.).

En definitiva, y según concluye la sentencia comentada, si "la Comisión y el Gobierno danés invocan una excepción al principio de prohibición de las ayudas estatales, deberían haber probado que concurrían todos los requisitos para la aplicación de dicha excepción. Sin embargo, no expusieron, de forma detallada, las razones por las que, en caso de quiebra de *Combus*, la prestación del servicio de transporte en las líneas cubiertas por ésta no sería ya posible en condiciones económicamente aceptables". En particular, la Comisión no demostró que la ayuda cumpliera los requisitos enunciados por la **STJCE de 24 de julio de 2003, As. C-280/00, *Altmark Trans***: ni a *Combus* se le encomendó la ejecución de obligaciones de servicio público en el sentido del Reglamento núm. 1191/69, ni quedó acreditado que los parámetros sobre cuya base se calculó la compensación controvertida fuesen previamente establecidos de forma objetiva y transparente (apartados 96 y ss.).

d') Carácter selectivo

La **STJCE de 11 de noviembre de 2004, As C-73/03, *España/Comisión***, recuerda que el artículo 87.1 del Tratado CE requiere que se determine si la medida controvertida "puede favorecer a 'determinadas empresas o producciones' en relación con otras empresas. En caso de respuesta afirmativa, la medida de que se trate cumplirá el requisito de selectividad constitutivo del concepto de ayuda de Estado previsto en dicha disposición" (apartado 13).

El problema fundamental que plantea esta exigencia, y sobre el que se pronuncia la **STPI de 21 de octubre de 2004, As. T-36/99, *Lenzing***, en sus apartados 128 y ss., reside en que "las medidas de alcance puramente general no están comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 87 CE, apartado 1. Sin embargo, la jurisprudencia ha precisado ya que incluso las actuaciones que a primera vista son aplicables a la generalidad de las empresas pueden revestir cierto carácter selectivo y, en consecuencia, ser consideradas medidas destinadas a favorecer a determinadas empresas o producciones. Este caso se da, en especial, cuando la administración que debe aplicar la norma general dispone de una facultad discrecional en relación con dicha aplicación". Por lo que hace al asunto resuelto por la sentencia citada, el TPI entiende que "la TGSS y el Fogasa disponen de cierta facultad discrecional tanto para celebrar acuerdos de aplazamiento o de devolución como para determinar algunos elementos de dichos acuerdos, como el calendario de vencimientos, el importe de los pagos y el carácter suficiente de las garantías ofrecidas como contrapartida del pago de las deudas. Por una parte, esto resulta claramente de la normativa que regula la actividad de los dos organismos. Así, por lo que respecta a la TGSS, del artículo 20 de la Ley General de la Seguridad Social y del artículo 40, apartado 1, del Real Decreto de 6 de

octubre de 1995 se desprende que la concesión de aplazamientos o de fraccionamientos del pago de las deudas por cuotas de la Seguridad Social constituye una facultad para este organismo. Del artículo 40, apartado 1, del Real Decreto de 6 de octubre de 1995 resulta asimismo que la TGSS dispone de la facultad de apreciar las 'demás circunstancias concurrentes' que impidan a los deudores pagar sus débitos. Por lo que se refiere al Fogasa, el artículo 32 del Real Decreto de 6 de marzo de 1985 establece que la celebración de acuerdos de devolución constituye también una facultad para este organismo. Además, (…) la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 20 de agosto de 1985 (…) confirma[n] que el Fogasa dispone de un margen de apreciación discrecional al respecto. Por otra parte, la propia Comisión declara en los considerandos 81 y 89 de la Decisión de 28 de octubre de 1998 que la TGSS y el Fogasa gozan de una facultad discrecional para conceder aplazamientos o fraccionamientos de las deudas y para fijar algunas de sus condiciones. Así, en el considerando 81, señala que 'es evidente que la normativa vigente en relación con la Seguridad Social da a las autoridades un margen de discreción en el tratamiento de determinados casos y eso ha sido exactamente lo sucedido en el que nos ocupa'. En el considerando 89, indica que 'Fogasa goza de la facultad discrecional de aplazar o fraccionar los pagos hasta un período de ocho años'". Por otro lado, el TPI extiende la misma conclusión sobre el hecho de que tanto la TGSS como el Fogasa "aceptasen que esta sociedad no respetara estos acuerdos y, por lo que se refiere a la TGSS, que tolerara que dicha sociedad, sin ningún acuerdo de aplazamiento, dejase de pagar sus deudas por cuotas de la Seguridad Social durante varios años al menos desde febrero de 1991. Pues bien, es innegable que estos últimos comportamientos forman parte de la potestad discrecional de los citados organismos."

En definitiva, tratándose del producto del ejercicio de una facultad discrecional las medidas controvertidas dejan de ser medidas generales y pasan a considerarse ayudas, por presentar carácter selectivo. Por otra parte, el TPI se encarga de precisar que no puede dejar de alcanzarse esta conclusión por el mero hecho de que la decisión de la TGSS de aplazar el pago de las deudas de *Sniace* no fuera arbitraria: "en efecto, para descartar la calificación de medida general, no es necesario comprobar si el comportamiento del organismo estatal de que se trata reviste carácter arbitrario. Basta con acreditar, como se ha hecho en el caso de autos, que dicho organismo dispone de una facultad discrecional para celebrar acuerdos de aplazamiento o de devolución y para determinar algunos de los elementos de dichos acuerdos."

b) Carácter público

El artículo 87.1 del Tratado CE sólo prohíbe aquellas medidas que, además de resultar subsumibles en el concepto de ayuda, tienen carácter público, en el sentido de que debe tratarse de una ayuda otorgada por los Estados o mediante fondos estatales. La **STJCE de 15 de julio de 2004, As. C-345/02, *Pearle BV***, se pronuncia recientemente sobre este tema, a propósito de una cuestión prejudicial interpuesta por un tribunal neerlandés, acerca de la compatibilidad con el artículo 87 del Tratado CE del establecimiento por parte de una corporación profesional de Derecho público de una exacción obligatoria afectada

a la financiación de una campaña publicitaria colectiva en favor de las empresas del sector de la óptica.

El Tribunal de Justicia afirma, con carácter preliminar, que "no cabe distinguir entre aquellos casos en los que el Estado concede directamente la ayuda y aquellos otros en los que la ayuda se concede a través de un organismo público o privado, que dicho Estado instituye o designa para gestionar la ayuda" (apartado 34). Sin embargo, lo que sí es preciso es que las ventajas de que se trate "sean otorgadas directa o indirectamente mediante fondos estatales", de un lado, y "sean imputables al Estado", de otro lado (apartado 35, con expresa referencia a la **STJCE de 20 de noviembre de 2003, As. C-126/01, *GEMO***; la **STJCE de 16 de mayo de 2002, As. C-482/99, *Francia/Comisión***, que también cita la que aquí se comenta, es quizás más clara en cuanto a que esta doble exigencia sólo se aplica a los casos en los que aparecen instituciones autónomas encargadas de la distribución de ayudas).

Pues bien, el Tribunal de Justicia sostiene que en el asunto planteado no concurren estos requisitos. Por un lado, "si bien HBA constituye un organismo público, en el presente caso no parece que la campaña publicitaria haya sido financiada mediante recursos puestos a disposición de las autoridades nacionales. Al contrario, de la resolución de remisión se desprende que los fondos utilizados por HBA para financiar la campaña publicitaria de que se trata se recaudaron de sus afiliados beneficiarios de la campaña, mediante exacciones que estaban obligatoriamente afectadas a la organización de dicha campaña publicitaria. Dado que los gastos en que incurrió el organismo público a raíz de la campaña se sufragaron en su totalidad con los gravámenes impuestos a las empresas que se beneficiaron de la campaña, la intervención de HBA no pretendía crear una ventaja que constituyera una carga suplementaria para el Estado o para el mencionado organismo" (apartado 36). Por otro lado, "se desprende del expediente que la iniciativa de organizar y llevar a cabo la campaña publicitaria de que se trata provino de NUVO, una asociación privada de ópticos, y no de HBA, [que] solamente sirvió de medio para la percepción y la afectación de los recursos recaudados a favor de un objetivo meramente comercial previamente fijado por los actores del sector profesional considerado y que no formaba parte, en absoluto, de una política fijada por las autoridades neerlandesas" (apartado 37).

c) Incompatibilidad con el mercado común

Conforme al artículo 87.1 del Tratado CE, para ser consideradas incompatibles con el mercado común es preciso que las medidas controvertidas satisfagan dos requisitos añadidos: primero, deben tener como efecto el falseamiento, real o potencial, de la libre competencia; y, segundo, la ayuda pública debe afectar a los intercambios intracomunitarios, alterando, siquiera sea potencialmente, la estructura de los flujos de intercambio entre diversos Estados miembros. La **STJCE de 29 de abril de 2004, As. 298/00, *Italia/Comisión***, interpreta estos dos elementos del supuesto de hecho del artículo 87.1 del Tratado CE, a propósito de un recurso de casación interpuesto contra la **STPI de 15 de junio de 2000, As. C-372/97, *Alzetta***, que consideraba ayudas prohibidas diversas medidas adoptadas en favor de las empresas de transporte por carretera por cuenta ajena establecidas en el territorio de la Región de Friuli-Venezia Giulia.

En primer lugar, el Tribunal recuerda que "según reiterada jurisprudencia, la cuantía relativamente reducida de una ayuda o el tamaño relativamente pequeño de la empresa beneficiaria, no excluyen *a priori* la posibilidad de que se vean afectados los intercambios entre Estados miembros. (…) Una ayuda de importancia relativamente escasa puede afectar a la competencia y a los intercambios entre Estados miembros cuando el sector en el que operan las empresas beneficiarias se caracteriza por una fuerte competencia" (apartado 54). Dicho lo cual, el Tribunal de Justicia avala la afirmación contenida en la sentencia recurrida, en el sentido de que "el modesto tamaño de las empresas beneficiarias y el importe relativamente reducido de las ayudas concedidas no impedía toda repercusión sobre la competencia y sobre los intercambios comerciales cuando la estructura del mercado se caracteriza, como en el sector del transporte de mercancías por carretera, por la presencia de un gran número de empresas de pequeño tamaño". De igual modo, "si bien los transportistas de la región apenas operaban en dicho sector, el carácter limitado de la competencia no puede excluir la aplicación del artículo [87.1 del Tratado CE]", de forma que el TPI pudo concluir, acertadamente, que "las ayudas controvertidas reforzaban la posición financiera y, por consiguiente, el margen de actuación de los transportistas de mercancías por carretera por cuenta ajena de la región respecto a sus competidores y podían, por ello, afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros" (apartado 55).

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia desestima la alegación de Italia, en cuanto a que "no podía considerarse que el sector del transporte internacional de mercancías por carretera, que se caracteriza por la existencia de contingentes y de acuerdos bilaterales, estuviera completamente liberalizado en la fecha de la Decisión impugnada y que, en consecuencia, no podía considerarse que las ayudas controvertidas hubieran tenido incidencia alguna en la competencia". Y ello porque "los regímenes de contingentes en vigor entre 1969 y 1993 en el mercado del transporte internacional de mercancías por carretera permitieron crear una situación de competencia efectiva dentro de los límites de los contingentes fijados, que podía resultar afectada por la concesión de las ayudas controvertidas" (apartados 57 y ss.). Dicho de otro modo: la competencia que se podía ver falseada como consecuencia de las medidas controvertidas era la que permitía el régimen de contingentes.

B) Derecho interno

a) Denegación de prórroga

Dentro de la actividad de fomento de la Administración, uno de los actos susceptibles de impugnación es la denegación de la prórroga que puede concederse para acreditar el cumplimiento de las condiciones de una subvención.

La **STS de 30 de junio de 2004,** Ar. 5666, resuelve el recurso contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la que se desestimó el recurso interpuesto contra el acuerdo de denegación de prórroga de una determinada subvención.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia impugnada. En primer lugar reconoce la validez del acto impugnado al afirmar que la concesión de la prórroga es un acto de carácter discrecional, habiendo hecho la Administración un uso razonable y no arbitrario de esta discrecionalidad al denegar la prórroga. A ello añade que el hecho de que existiera un informe preceptivo favorable a la prórroga no altera la validez de la denegación, dado el carácter no vinculante de dicho informe.

En segundo lugar se niega que la sentencia de primera instancia hubiera vulnerado las reglas procesales relativas a la valoración de la prueba.

b) Devolución de las cantidades entregadas

Por una determinada empresa se solicitó y obtuvo una ayuda, conforme a la legislación de la Comunidad Europea, para la transformación y venta de forraje durante ciertas campañas agrarias.

Tras diversas comprobaciones e inspecciones se abrieron expedientes para la devolución de las cantidades percibidas en los años 1991 a 1992, expedientes que se concluyeron con la orden de devolución. Interpuesto recurso, el Tribunal Superior de Justicia lo desestimó, tras analizar tanto las cuestiones formales relativas al expediente que concluyó con la orden de devolución de lo recibido, como la relación del recurso contencioso-administrativo con un proceso penal absolutorio en relación a los delitos contra la Hacienda Pública y estafa, así como también tras examinar los aspectos relativos al cumplimiento de las condiciones para obtener la subvención y para destinar los fondos recibidos.

El **Tribunal Supremo,** en su **Sentencia de 2 de junio de 2004,** Ar. 3807, confirma la sentencia de primera instancia en todas las cuestiones antes expuestas. En este sentido niega que la orden se adoptara sin seguir el procedimiento exigible, y niega también que se hubiera producido la caducidad del expediente. También se niega que la sentencia impugnada estuviera vinculada por los hechos probados en el proceso penal previo, ya que no estamos ante un procedimiento sancionador administrativo, sino ante uno relativo a la devolución de cantidades indebidamente percibidas.

En el recurso casacional se añadieron algunos nuevos argumentos que también fueron rechazados. Así, se niega que existiera *reformatio in peius* por el hecho de haberse incrementado la cantidad propuesta en el expediente en el momento de adoptar la resolución final. Por último, se rechaza también errores en la valoración de la prueba.

En definitiva, el Tribunal Supremo confirma en todos sus extremos la orden por la que se acordó la devolución de las ayudas recibidas por no haber destinado los fondos entregados a las finalidades exigidas en el acuerdo de otorgamiento de la subvención.

4. CONTRATACIÓN PÚBLICA. DERECHO COMUNITARIO

A) El concepto de entidad adjudicadora

Durante el pasado año, acerca de esta cuestión el Tribunal de Justicia sólo se pronuncia en su **STJCE de 18 de noviembre de 2004, As. 126/03, *Comisión/Alemania***, que resuelve un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra Alemania. Los hechos pueden resumirse del modo siguiente. La ciudad de Múnich, titular de la explotación de la central térmica de Múnich-Norte, obtuvo la adjudicación de un contrato de gestión de los residuos de la región de Donauwald, otorgado por *AWG Donau-Wald* mediante la oportuna licitación. En 1997 la ciudad de Munich celebró con la empresa *Rethmann* un contrato por el que aquélla encomendaba a ésta el transporte de los residuos desde los puntos de vertido de la región de Donauwald hasta la central térmica de Múnich-Norte. El recurso se dirige contra la celebración de este segundo contrato, toda vez que la ciudad de Múnich no lo sometió a licitación. En su defensa, el Gobierno alemán alegó que, por lo que hace al acuerdo controvertido, no cabe considerar a la ciudad de Múnich como una "entidad adjudicadora", ni al contrato en cuestión como un "contrato público" en el sentido del artículo 1 de la Directiva 92/50/CEE, de contratos públicos de servicios, ya que el acuerdo "no se enmarca en el contexto de las actividades de interés general de la ciudad de Múnich, sino en el de una actividad económica independiente, claramente distinta y sometida a la competencia, a saber la explotación de la central técnica de Múnich-Norte" (apartado 17). Frente a esta argumentación, la sentencia citada es contundente al afirmar que, conforme al artículo 1.b) de la Directiva 92/50/CEE, "los entes territoriales son, por definición, entidades adjudicadoras", y que el artículo 1.a) del mismo texto "no distingue entre los contratos celebrados por una entidad adjudicadora para cumplir su función de satisfacer necesidades de interés general y los contratos que no guardan relación con dicha función. (…) De ello se desprende que, cualesquiera que puedan ser la naturaleza y el ámbito del contrato controvertido, éste constituye un 'contrato público' a efectos del artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50" (apartado 18).

B) Criterios de adjudicación

La **STJCE de 7 de octubre de 2004, As. C-247/02, *Sintesi***, resuelve una cuestión prejudicial acerca de la compatibilidad de la legislación italiana de contratos y la Directiva 93/37/CEE, de contratos públicos de obras. El artículo 30.1 de la segunda dispone que los criterios en que se basará el poder adjudicador para la adjudicación de los contratos serán: "a) o bien únicamente el precio más bajo; b) o bien, en el caso en que la adjudicación se efectúe a la oferta más ventajosa económicamente, distintos criterios que variarán en función del contrato: por ejemplo, el precio, el plazo de ejecución, el costo de utilización, la rentabilidad, el valor técnico". Sin embargo, el artículo 21, apartados 1 y 2, de la Ley italiana núm. 109/1994, disponía lo siguiente:

> "1. La adjudicación de los contratos mediante procedimiento abierto o restringido se efectuará según el criterio del precio más bajo, inferior al precio de base de la licitación, y determinado del modo siguiente: (…)

> 2. La adjudicación de los contratos mediante licitación por concurso y la adjudicación de concesiones mediante licitación restringida se efectuarán basándose en el criterio de la oferta más ventajosa económicamente, teniendo en cuenta los elementos siguientes, que varían en función de las obras que deban realizarse: (…)"

En este contexto, el Tribunal remitente de la cuestión prejudicial planteaba si no es contrario al artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE que la Ley italiana impida a las entidades adjudicadoras elegir, para la adjudicación de los contratos de obras públicas mediante procedimiento abierto o restringido, el criterio de la oferta más ventajosa económicamente, imponiendo con carácter general el criterio del precio más bajo.

Según *Sintesi*, litigante en el procedimiento principal, el artículo 30.1 de la Directiva aplica el principio de la libre competencia en la medida en que deja que la entidad adjudicadora elija libremente entre el precio más bajo y la oferta más ventajosa, de modo que reducir el margen de apreciación de esta entidad a un mero análisis de los precios propuestos por los licitadores, como impone la legislación italiana, constituye un obstáculo a la selección de la mejor oferta posible y, en consecuencia, es contrario al artículo 81 del Tratado CE (apartado 26).

Por su parte, el Gobierno italiano sostiene, en primer lugar, que al adoptar la Ley núm. 109/1994, el legislador nacional tenía como objetivo luchar contra la corrupción en el sector de la adjudicación de los contratos públicos de obras, suprimiendo el margen de apreciación discrecional de la Administración en la adjudicación del contrato y estableciendo procedimientos transparentes que garantizasen la libre competencia. En segundo lugar, el Gobierno italiano alega que el artículo 30.1 de la Directiva "no garantiza en absoluto a la entidad adjudicadora la libre elección de un criterio y no otro y tampoco impone la utilización de uno u otro criterio en determinadas circunstancias", sino que esta disposición "se limita a enunciar los dos criterios de adjudicación aplicables, sin especificar los casos en que deben utilizarse" (apartados 27 y ss.).

El Tribunal de Justicia no acoge estos argumentos. Con carácter preliminar, recuerda que "para cumplir el objetivo de lograr el desarrollo de una competencia efectiva, la Directiva tiende a organizar la adjudicación de los contratos de tal manera que la entidad adjudicadora pueda comparar las diferentes ofertas y aceptar la más ventajosa, basándose en criterios objetivos". La regulación de los criterios de adjudicación de su artículo 30.1 debe interpretarse en este sentido. Es cierto, concede la sentencia, que "una disposición nacional, como la controvertida en el litigio principal, que restringe la libertad de elección de las entidades adjudicadoras en el marco de los procedimientos de licitación abiertos o restringidos, imponiendo la utilización del precio más bajo como único criterio de adjudicación, no impide que estas entidades comparen distintas ofertas y seleccionen la mejor basándose en un criterio objetivo previamente determinado, que figura precisamente entre los enumerados por el artículo 30, apartado 1, de la Directiva. Sin embargo, la determinación por el legislador nacional de un criterio único de adjudicación de contratos públicos de obras, de manera general y abstracta, priva a las entidades adjudicadoras de la posibilidad de tomar en consideración la naturaleza y las particularidades de tales contratos, aisladamente considerados, eligiendo para cada uno de ellos el criterio más idóneo

para asegurar la libre competencia y garantizar de esta forma que se seleccione la mejor oferta." Por todo ello, el Tribunal concluye afirmando que el artículo 30.1 de la Directiva "debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impone a las entidades adjudicadoras, de manera general y abstracta, que utilicen exclusivamente el criterio del precio más bajo en la fase final de procedimientos de licitación abiertos o restringidos, para la adjudicación de contratos públicos de obras" (apartados 37 y ss.).

5. DERECHO DE LA COMPETENCIA

A) Concentración económica

La **STS de 29 de marzo de 2004,** Ar. 5011, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la "Sociedad Cooperativa General Agropecuaria" (ACOR) contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 25 de septiembre de 1998, publicado en el BOE de 17 de octubre de ese mismo año, por el que se decide subordinar a la observancia de determinadas condiciones la aprobación de la operación de concentración económica consistente en la fusión de las empresas "Sociedad Azucarera de España, SA" y "Ebro Agrícolas, Compañía de Alimentación, SA", con la consiguiente extinción de las empresas fusionadas y transmisión de todos sus derechos y obligaciones a la sociedad de nueva creación "Sociedad Azucarera Ebro Agrícolas, SA".

Después de tramitarse el procedimiento correspondiente, conforme a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en la redacción entonces vigente, el Consejo de Ministros acuerda aprobar la fusión solicitada, pero con la imposición de seis condiciones. El Tribunal Supremo, en su sentencia, confirma la validez de este acuerdo, pero declara la nulidad de parte de dos de estas condiciones, a saber: de la segunda y de la sexta.

Según la segunda condición: "Con el objeto de aumentar las posibilidades de competencia en el mercado, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CEE) núm. 1785/81 del Consejo, reasignará en su momento de forma no gratuita hasta 30.000 TM de la cuota española de producción de azúcar a empresas establecidas en territorio español". Y añade, en un segundo apartado: "Con el fin de que esta reasignación de cuota sea determinada mediante mecanismos de mercado, el precio de la cuota a transferir y el reparto de la misma se decidirán mediante pública subasta de hasta 30.000 TM de la cuota A y B que Azucarera tiene asignadas. El pliego de condiciones de esta subasta deberá ser presentado por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación al Servicio de Defensa de la Competencia previamente a su publicación, para que éste manifieste su conformidad con el contenido del mismo". La sentencia declara la nulidad, por ser contrarias a Derecho, de la frase "de forma no gratuita" del primer apartado y el segundo de ellos en su totalidad.

La sexta condición establece lo siguiente: "Tanto en la operación de reasignación de cuota que en su momento se realice mediante el procedimiento de subasta como, en su caso, si

se produjera el incremento de la cuota nacional en los términos previstos en el apartado tercero de este Acuerdo, el Gobierno adoptará las medidas oportunas para evitar cualquier eventual repercusión negativa sobre los agricultores productores nacionales de remolacha azucarera". La sentencia, en relación con esta condición, declara la nulidad de la frase "mediante el procedimiento de subasta".

El Magistrado Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona formula voto particular a la sentencia, discrepando del parecer de la mayoría. Este Magistrado comparte el fallo en cuanto a la nulidad parcial de las condiciones segunda y sexta, pero considera que "es un pronunciamiento insuficiente". A su juicio, en efecto, la sentencia debió declarar la nulidad de todo el Acuerdo: "limitado el análisis de la concentración al mercado español y cuando se trata de supuestos en los que coinciden, por un lado, una posición de dominio reforzada hasta índices o cuotas de mercado superiores al setenta por ciento; la eliminación del segundo competidor principal del mercado del azúcar, integrado con el primero; la situación de debilidad acentuada del resto de los ya escasos competidores subsistentes; unas barreras de entrada no superables y un muy escaso poder de sustitución a cargo de los proveedores y del consumidor mismo; y por otra lado, unas condiciones o bien vacías de contenido compensador, o bien con elementos de ilegalidad declarada, o bien claramente insuficientes a tal efecto, la decisión final ha de ser, a mi juicio, la de prohibir la concentración sometida al Consejo de Ministros".

B) Prácticas restrictivas de la competencia

La **STS de 10 de junio de 2004,** Ar. 3685, estima el recurso de casación interpuesto por "Xerox España, The Document Company, SA" contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 1999, que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 1996. Esta resolución sancionaba a la parte actora y a otras empresas fabricantes de fotocopiadoras por diversos acuerdos restrictivos de la competencia. En relación con Xerox España, la práctica por la que se le sancionaba, por infracción del artículo 1.1.e) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistía en haber incluido durante un período de tiempo una cláusula en los contratos suscritos con sus distribuidores exclusivos por los cuales se condicionaba la venta a éstos de las máquinas fotocopiadoras a que el comprador final suscribiese un contrato de asistencia técnica con Xerox, de tal forma que, en ausencia de dicho contrato, Xerox podía negarse a entregar al distribuidor la máquina vendida por éste.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto y anula la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia en la medida en que estima no sancionable la conducta de la empresa Xerox como consecuencia de la aplicación retroactiva de disposiciones sancionadoras favorables: "tenemos pues, como síntesis de todo lo expuesto, que la conducta sancionada estaba incluida en el momento en que ocurrieron los hechos en los comportamientos prohibidos por la legislación española que resulta de aplicación –el artículo 1.1.e) de la Ley de Defensa de la Competencia–, sin que la sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia resultase tampoco excluida en virtud de la

normativa comunitaria en la materia. En consecuencia, la sentencia impugnada, dictada con anterioridad tanto al Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, como al Reglamento 2790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre, no podría ser considerada contraria a Derecho (…) Sin embargo, nos encontramos en el ámbito del Derecho sancionador y pese a la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, que se encuentra limitado a la revisión de la correcta interpretación del derecho, resulta vinculante la exigencia constitucional de preceptiva aplicación de las disposiciones sancionadoras favorables derivada de los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución, que rige también en el orden administrativo sancionador según reiterada jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de este Tribunal (…) Pues bien, habida cuenta de que el citado Reglamento de desarrollo de la Ley de Defensa de la Competencia, con su remisión al referido Reglamento comunitario, exime a la conducta sancionada de ser comprendida entre los comportamientos prohibidos por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (…) es preciso estimar el motivo y anular la sentencia recurrida por no resultar sancionable la conducta de la empresa Rank Xerox, como consecuencia de la aplicación retroactiva de la referida normativa."

La **STS de 21 de junio de 2004,** Ar. 3690, desestima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 2000, que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa "Texaco Petrolífera, SA" contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de noviembre de 1997. Esta resolución había declarado que constituía una cláusula restrictiva de la competencia la cláusula octava del contrato tipo de préstamo de equipo, abanderamiento y suministro celebrado entre Texaco y los distribuidores minoristas de estaciones de servicios en Canarias.

El contenido de la cláusula controvertida era el siguientes: "... el Sr. ..., explotará en la estación, mientras dure el contrato, un negocio de venta al público y al por menor de combustibles, carburantes, lubricantes y productos afines, así como la prestación de servicios complementarios, como cambio de aceite y lavado de coches. El Sr. ... no podrá llevar a cabo en la estación ninguna otra actividad, a no ser con autorización previa de Texaco". El Tribunal de Defensa de la Competencia anula esta cláusula por entender que, al someter a la autorización de Texaco en términos absolutos ("no podrá llevar a cabo ninguna actividad"), limita la libertad del titular de la estación de servicio, imponiéndole restricciones innecesarias para la consecución de sus objetivos, al impedir la realización de actividades comercialmente lícitas que pueden no afectar a su imagen de marca; de forma que constituye un acuerdo que puede producir el efecto de restringir la competencia en una parte del mercado nacional, incurso en los artículos 1.1.a) (fijar indirectamente condiciones comerciales o de servicio) y 1.1.b) (limitar la distribución) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

La sentencia de la Audiencia Nacional anula esta resolución, argumentando del siguiente modo: "debemos compartir la tesis de la recurrente [Texaco] en el sentido de que la cláusula cuestionada debe analizarse desde el punto de vista de la libertad contractual de las partes (artículo 1255 del Código Civil), lo que tiene un sólido fundamento en el interés de la recurrente de preservar la imagen de la compañía que podría verse deteriorada por

la explotación de actividades, lícitas o no, que puedan perjudicar o comprometer el buen nombre de la empresa, y no como una restricción de la libre competencia. Con esta forma de proceder, la recurrente no pretende alterar, ni de hecho lo hace, el libre desarrollo del mercado, y ello por la simple razón de que no existe conflicto de intereses concurrenciales con sus distribuidores". Y concluye: "en atención a lo expuesto debemos anular el acto impugnado y declarar ajustada a Derecho la cláusula controvertida, que tampoco puede ser censurada por la amplitud de su redacción, pues recurrir a un sistema de lista para establecer las actividades no toleradas por la compañía, además de resultar un sistema muy prolijo, conllevaría el inevitable riesgo de no abarcar todas las que pudieran perjudicar los intereses legítimamente protegidos".

El Abogado del Estado fundamenta el recurso de casación que interpone contra esta sentencia en el hecho de que, a su entender, infringe los artículos 1.1.a) y b) de la Ley de Defensa de la Competencia, porque, con arreglo a estos preceptos, son prácticas prohibidas no sólo las que de presente produzcan de manera efectiva o busquen el objetivo directo de impedir, restringir o falsear la libre competencia, sino también las que puedan producir esos efectos. La propia sentencia de la Audiencia Nacional parte de la base de que aunque la cláusula enjuiciada "en sí no resulta contraria a los postulados de la Ley 16/1989, sí puede serlo en la medida en que la recurrente de forma directa o indirecta concurra *a posteriori* en el mercado que se condiciona con la limitación impuesta, o bien que en una aplicación irrazonable de la misma persiga con su invocación objetivos espúreos o ajenos a los fines para los que se estipuló, por lo que ante la petición de cada distribuidor respecto de la instalación de una actividad complementaria en cada estación de servicio, deberá, en caso de denegación, darse una respuesta precisa y motivada sobre tal modo de proceder por si pudiera constituir en ese caso, efectivamente, una actuación calificable como 'conducta prohibida' con las consecuencias inherentes a tal declaración". Y si la sentencia parte de esa base –termina su razonamiento el Abogado del Estado– la conclusión que debía haber obtenido es la de declaración de una práctica restrictiva de la competencia.

El Tribunal Supremo, en cambio, confirma la sentencia recurrida y rechaza el argumento del Abogado del Estado "en cuanto siendo la *ratio decidendi* de la sentencia [impugnada] la libertad de pactos conforme al principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1255 del Código Civil, ni una sola línea se dedica a combatir ese argumento de la sentencia, limitándose de modo apodíctico a recoger lo que dicen los artículos que considera infringidos y a deducir que por ello hubiera sido forzoso que la sentencia hubiese declarado la existencia de una práctica prohibida".

6. GAS

A) Reductores de gas de instalaciones domésticas

La **STS de 12 de julio de 2004,** Ar. 4241, desestima el recurso de casación interpuesto por "Distribuidora Industrial, SA" contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 10 de noviembre de 2000, que desestimó el recurso contencioso-adminis-

trativo interpuesto por esa misma entidad contra la Orden del Consejero de Industria y Energía del Gobierno de Canarias de 20 de septiembre de 1996.

El proceso tiene su origen en la petición que la recurrente en casación dirigió el 14 de febrero de 1996 a la Dirección General de Industria y Energía, de la Consejería de Industria y Energía del Gobierno de Canarias, para que se dictase una Resolución que contuviese los siguientes pronunciamientos: "1.º) Se declare no ser necesaria la sustitución de los reductores de presión Kosangas de aquellas instalaciones receptoras de GLP cuyas correspondientes documentaciones fueron presentadas hasta tres meses después de la publicación del Real Decreto 1853/1993, de 22 de octubre de 1993, por el que se aprobó el Reglamento de Instalaciones de Gas en locales destinados a usos domésticos, colectivos o comerciales, o sea, hasta el 24 de febrero de 1994; 2.º) se autorice el uso de dichos reductores de presión Kosangas de las instalaciones con documentación presentada con posterioridad; 3.º) se autorice la utilización del tubo flexible de color blanco; y 4.º) se otorgue un plazo prudencial para que Disa pueda llevar a cabo las acciones oportunas en orden a que las nuevas instalaciones que se autoricen a partir del vencimiento de dicho plazo cuenten con reductores de presión que cumplan la Norma UNE 600.714".

La Dirección General de Industria y Energía dictó resolución, con fecha 19 de febrero de 1996, en la que decidió: "1.º) Declarar como reglamentarios los reductores de gas de instalaciones domésticas de la marca Kosangas, que han sido proporcionados por la empresa Distribuidora Industrial, SA, a partir del 24 de febrero de 2004; 2.º) autorizar el uso de los reductores de presión Kosangas, proporcionados por Distribuidora Industrial, SA, a partir del 24 de febrero de 1994; 3.º) autorizar la utilización y suministro por parte de Distribuidora Industrial, SA, de los tubos flexibles fabricados por Aiscondel Laminados, SA, de 9 mm. de diámetro interior, de color blanco, que cumplan todos los aspectos de la norma UNE 53.539/90, excepto en lo relativo a la coloración; y 4.º) conceder un plazo de tres meses, a partir de la notificación de la presente resolución, a los efectos de que todos los reductores de presión que proporcione Distribuidora Industrial, SA, a los usuarios de instalaciones de gas, cumplan la norma UNE 60.714, en todo su contenido."

Contra esta resolución se interpuso recurso ordinario que fue estimado por la Orden de 20 de septiembre de 1996 y cuyo contenido es confirmado por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias y por el Tribunal Supremo: "Al no considerarse reglamentarios los reductores de presión Kosangas proporcionados por Distribuidora Industrial, SA, a partir del 24 de febrero de 1994, cuya boquilla incumple las dimensiones y perfil de la Norma UNE 60.714-92, así como los tubos flexibles fabricados por Aiscondel Laminados, SA, de 9 mm. de diámetro interior, de color blanco, proporcionados por Distribuidora Industrial, SA, a partir de las revisiones de 1990, de la Norma UNE 53.539-90, deben ser, por tanto, sustituidos por cuenta de la empresa responsable de los incumplimientos reglamentarios, Distribuidora Industrial, SA, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 del Real Decreto 1085/1992, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividad de distribución de gases licuados del petróleo, sin demora y sin

coste adicional alguno para el usuario, en la forma y plazos que determinen por la Dirección General de Industria y Energía de esta Consejería de Industria y Comercio."

B) Determinación de los precios de los gases licuados del petróleo y acción de responsabilidad

El ejercicio de la potestad administrativa de fijación de los precios de venta de determinados productos, como es el caso de los gases licuados del petróleo, suele dar lugar a conflictos con la Administración cuyo objeto de discusión es la cuantificación del precio del producto. En esta misma sección hemos recogido diversas sentencias que se han ocupado de este tipo de problemas.

La fijación de estos mismos precios puede dar lugar a otro tipo de conflicto. Así sucede cuando la cuestión que se plantea es una reclamación de daños y perjuicios fundada en la lesión que se entiende ha producido una fijación de los precios insuficiente para la empresa que comercializa este producto.

La **STS de 23 de septiembre de 2003,** Ar. 6051, se ha ocupado precisamente de este segundo tipo de problemas. La sentencia desestima el recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó una reclamación de daños y perjuicios en la que la recurrente reclamaba una indemnización por los perjuicios causados por la aplicación de la Orden Ministerial de 17 de enero de 1977 por la que se fijaron los precios máximos de venta de los gases licuados del petróleo.

El Tribunal Supremo, para confirmar la sentencia impugnada de la Audiencia Nacional, recuerda en primer lugar la evolución del régimen jurídico de la determinación de los precios de los gases licuados del petróleo. Para ello se remite a la doctrina contenida en sus Sentencias de 20 de abril y 28 de mayo de 2004.

Una vez expuesto el régimen jurídico de los precios, desestima la reclamación al entender que no ha existido lesión antijurídica, pues la entidad recurrente estaba obligada a soportar las consecuencias del ejercicio de la potestad administrativa de ordenación de dichos precios. En este sentido, la sentencia afirma que "El principio de riesgo y ventura a que se encuentra sometida la actividad empresarial obliga a los operadores a soportar las fluctuaciones del mercado, compensando las hipotéticas pérdidas de épocas de crisis con los beneficios de las de pujanza económica. Por eso el argumento de que la recurrente haya tenido que acudir a recursos generados en anteriores ejercicios es propio de los riesgos que debe correr la empresa como una de las consecuencias de su propia actividad. Cuando se inscribió como operador en este sector ya conocía los avatares del mismo y los asumió. Ahora no puede ampararse en ellos para exigir la ilegalidad de una norma que fija los precios con arreglo a criterios legalmente autorizados, y ello aunque tenga que desarrollar su actividad en todo el territorio del archipiélago o que no pueda cesar en ella, ya que desde que decide operar ha de someterse a las variaciones de los precios, cualquiera que sea la causa de los mismos.

Esto no implica lesión del principio de seguridad jurídica, pues esa misma versatilidad ya debió preverse, desde el momento en que la Ley del Sector Petrolero permitía establecer

los precios conforme a criterios de interés general. La empresa debe prevenir dentro de su estrategia comercial las variaciones que se produzcan en el mercado mediante mecanismos de prevención de riesgos ya sean internos o externos, y dentro de esas previsiones debe contar con los cambios que la Administración pueda introducir en la fijación de los precios de acuerdo con la Ley.

De lo expuesto se deduce que como la sentencia de instancia ha apreciado que no existía en el presente caso el daño que se alega en su sentido técnico jurídico como lesión que el perjudicado no está obligado a soportar, obligación que incumbe al recurrente como gestor de un servicio de un mercado que en cuanto cambiante produce unas veces pérdidas y otras ganancias sin que quepa cuestionar la concurrencia de razones justificadas determinantes de la decisión administrativa adoptada en la resolución ministerial de la que, sin plantear la directa impugnación y sin pretender su anulación, la recurrente extrae consecuencias perjudiciales para su patrimonio que, hemos de insistir, está obligada a soportar."

7. SECTOR ELÉCTRICO

A) Distribución de competencias y evaluación de impacto ambiental

La **STS de 5 de mayo de 2004,** Ar. 5187, estima el recurso de casación interpuesto por la Entidad "Red Eléctrica de España, SA" contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2000, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Secretario de Estado de la Energía y Recursos Minerales, del Ministerio de Industria y Energía, de 5 de agosto de 1996. Esta resolución, a su vez, estimó los recursos ordinarios, formulados por los Alcaldes de los Ayuntamientos de Liérganes y Riotuerto y por el Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Diputación Regional de Cantabria, contra la resolución de la Dirección General de Energía sobre autorización y declaración de utilidad pública de las líneas eléctricas a 400 KV de tensión "Penagos-Güeñes" y "Penagos-Ichaso", en el tramo "Penagos-Güeñes", en las provincias de Cantabria y Vizcaya, con retroacción de actuaciones al momento procesal en que la Dirección Provincial solicite del órgano competente de la Comunidad Autónoma de Cantabria la elaboración del correspondiente informe de impacto ambiental, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 50/1991, de 29 de abril.

El problema planteado consiste en determinar lo que sucede en aquellos casos en los que, visto el tenor literal de la normativa aplicable, la norma estatal no exige evaluación del impacto ambiental mientras que, por el contrario, la normativa autonómica exige la realización de un "informe de impacto ambiental".

La Audiencia Nacional, en la sentencia mencionada, comparte la solución arbitrada por la Administración en este punto, consistente en "entender que procede la evaluación del 'informe de impacto ambiental' por la Comunidad Autónoma de Cantabria, que debe ser requerida al efecto por la Dirección Provincial, sin perjuicio de que la autorización sea dada por la Administración Central". Según razona la Audiencia: "el hecho de que la línea

eléctrica transcurra por varias Comunidades Autónomas determina, sin duda alguna, que la competencia para la autorización de la instalación corresponde a la Administración Central; lo que no implica que se pueda ignorar la existencia de condicionamientos medioambientales establecidos por las Comunidades Autónomas. Y en este sentido, debemos tener en cuenta que el Estatuto de Autonomía de Cantabria, en consonancia con el texto constitucional (…) permite a esta Comunidad Autónoma desarrollar por vía normativa la legislación básica del Estado incorporando 'normas adicionales de protección del medio ambiente' (…); y que, además, la Comunidad Autónoma no adopta una actitud pasiva, sino activa, advirtiendo del posible impacto medioambiental de la autorización."

El Tribunal Supremo, sin embargo, casa esta sentencia, afirmando que "la atribución de competencia que a favor del Estado se hace por la Constitución en su artículo 149.1.22.ª en relación con las autorizaciones de instalaciones eléctricas, que se considera 'sustantiva' en dicha doctrina [del Tribunal Constitucional] se superpone sobre la competencia 'transversal' de medio ambiente, incluso en los supuestos en que esta última se la autoatribuya la Comunidad Autónoma". De todos modos, añade este mismo Tribunal, "cuando la Administración General del Estado ejerce sus competencias sobre el territorio de una Comunidad Autónoma, debe ejercerlas siempre atendiendo los puntos de vista de ésta (…) y cumpliendo el deber de colaboración ínsito a la estructura misma del Estado de las Autonomías".

En esta misma línea, la **STS de 20 de septiembre de 2004,** Ar. 5679, desestima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado y por "Red Eléctrica de España, SA" contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de febrero de 2001, que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Penagos contra la resolución dictada por el Ministro de Industria y Energía de 20 de marzo de 1996. Esta resolución desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 4 de abril de 1994 de la Dirección General de Industria y Energía (que autorizaba a "Red Eléctrica de España, SA" a la instalación de una línea de transporte de energía eléctrica en Cantabria y declaraba su utilidad pública) y ordenaba la retroacción de las actuaciones "al momento en que debió elaborarse el informe de evaluación de impacto ambiental", por considerar que se trataba de un trámite esencial del procedimiento.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia impugnada y, con ello, la anulación de los actos administrativos impugnados y la orden de retrotraer las actuaciones al momento arriba indicado, "por considerar que con ello, con esa falta de elaboración [del informe de impacto ambiental], se había omitido un trámite esencial del procedimiento de autorización de la instalación de la línea eléctrica de que se trata, trámite exigido por el Decreto autonómico 50/1991, razonando, en síntesis, para llegar a tal conclusión, por un lado, que 'la evaluación de impacto ambiental no puede caracterizarse como ejecución o gestión en materia de medio ambiente, porque la legislación del Estado en materia de medio ambiente es legislación básica y de mínimos que no impide a las Comunidades Autónomas dictar normas adicionales de protección, si esa competencia les está constitucionalmente reconocida' y, por otro, que 'aunque la Administración estatal ejerza sus

competencias sustantivas –y aunque estas competencias sean constitucionalmente exclusivas– sobre la obra, la instalación o la actividad proyectada, está obligada a considerar su impacto medio ambiental si la normativa de la Comunidad Autónoma sobre la que va a realizarse la obra así lo exige'."

B) Cogeneración de energía eléctrica. Puntos de medida de los consumos y tránsitos de energía eléctrica

La **STS de 21 de junio de 2004,** Ar. 3688, desestima el recurso directo interpuesto por la "Associació Catalana de Cogeneradors" contra el Real Decreto 385/2002, de 26 de abril, que modifica el Real Decreto 2018/1997, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Puntos de Medida de los Consumos y Tránsitos de Energía Eléctrica.

El Tribunal rechaza la doble pretensión en que se funda la impugnación. En primer lugar, la pretensión de nulidad del Real Decreto por cumplimiento defectuoso del trámite de audiencia preceptivo en su elaboración. Y, en segundo término, la pretensión formulada con carácter subsidiario, para el supuesto de que no prospere la anterior, de que se declare la nulidad del artículo 3.1.a) de la norma impugnada, por vulnerar el régimen de cesión de excedentes de energía previsto en los artículos 21 y 22 del Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, de producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos o cogeneración.

C) Requisitos de medida en baja tensión de consumidores y centrales de producción en régimen especial

La **STS de 22 de junio de 2004,** Ar. 5064, desestima el recurso directo interpuesto por la entidad "Cide, Sociedad Cooperativa" contra los artículos 2, 4, 6.1, Disposición Adicional Primera y Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 1433/2002, de 27 de diciembre, por el que se establecen los requisitos de medida en baja tensión de consumidores y centrales de producción en régimen especial.

Tras explicitar, con carácter abstractos, cuáles son "los límites constitucionales que perfilan el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria, a la luz de los artículos 106 y 117 de la Constitución y la extensión del ámbito de fiscalización actualizable en el recurso contencioso-administrativo directo contra reglamentos", el Tribunal Supremo va rechazando, uno a uno, todos los fundamentos en los que se basa la impugnación. De este modo, no se acoge la alegación de que las disposiciones reglamentarias impugnadas vulneren el artículo 45.1.a) y b) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, que, entre las obligaciones impuestas a las empresas distribuidoras y comercializadoras en relación al suministro, refiere las de atender en condiciones de igualdad las demandas de nuevos suministros. Tampoco se estima que los preceptos impugnados conculquen el artículo 45.3.b) de esa misma Ley del Sector Eléctrico, cuando establece el derecho de las empresas distribuidoras y comercializadoras a facturar y cobrar el suministro realizado. Se rechaza, asimismo, el argumento de la parte recurrente según el cual el Gobierno ha procedido a aprobar la norma sin justificación ni motivación aparente, apartándose presuntamente del Informe de la Comisión Nacional de Energía, de modo

que sólo se habrían cumplido formalmente los requisitos procedimentales exigidos en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Por último, se desestima también la pretensión de nulidad del Real Decreto sobre la base de la falta de audiencia de los consumidores y usuarios o de sus representantes.

D) Declaración de utilidad pública de línea eléctrica

La **STS de 5 de julio de 2004,** Ar. 5670, desestima el recurso directo interpuesto por la "Asociación de agricultores, ganaderos y propietarios de fincas rústicas de Horche" contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de julio de 2002, que declara la utilidad pública de la línea eléctrica a 400 KV, doble circuito, denominada "entrada y salida en la subestación Fuentes de la Alcarria" de la línea eléctrica Trillo-Loeches, en la provincia de Guadalajara.

La resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 14 de mayo de 2002 autorizó a "Red Eléctrica de España, SA" el establecimiento de la línea eléctrica arriba indicada, sin que se pronunciase, por virtud de lo dispuesto en el artículo 148 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, de regulación de las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimiento de instalaciones de energía eléctrica, sobre la declaración de utilidad pública, ante la oposición del Ayuntamiento de Horche. Esta declaración se hizo, precisamente, por el Acuerdo de Consejo de Ministros impugnado.

El Tribunal Supremo recuerda, de entrada, que esa misma Sala ya pronunció dos sentencias con fecha de 11 de febrero de 2003: una desestimatoria del recurso directo interpuesto por el Ayuntamiento de Horche contra el mismo acto administrativo y que, por tanto, declara la legalidad de dicho Acuerdo; y otra también desestimatoria del recurso directo interpuesto por ese mismo Ayuntamiento contra el Acuerdo de Consejo de Ministros de 13 de septiembre de 2002, que aprobó el proyecto de ejecución de la expresada línea de transporte eléctrico. Concluye el Tribunal que "la impugnación que ahora se realiza, vinculada en algunos de sus extremos a los argumentos que entonces fueron utilizados por el Ayuntamiento de Horche en esos recursos, no aporta dato alguno relevante que permita a esta Sala variar su criterio para desestimarlos".

8. SEGUROS

En ejercicio de sus funciones de supervisión, el Ministerio de Economía y Hacienda requirió a una entidad aseguradora para que llevara a cabo en su contabilidad determinados ajustes relativos al año 1994.

Impugnada esta resolución ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el citado Tribunal estimó en parte el recurso, y anuló los actos recurridos que habían exigido a la empresa aseguradora que modificase la provisión para desviación de la siniestralidad y que modificase el valor contable de determinados inmuebles vinculados a operaciones de renta-pensión vitalicia. La sentencia fue impugnada únicamente por el Abogado del Estado.

El Tribunal Supremo, en su **Sentencia de 2 de junio de 2004,** Ar. 3952, examina en primer lugar la cuestión relativa a la denominada provisión para desviación de la siniestralidad. Sobre esta cuestión la sentencia de primera instancia estimó el recurso de la entidad aseguradora recurrente al entender que la obligación que trataba de imponerle la Dirección General de Seguros no tenía base normativa alguna, ya que el artículo 60 del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado, Real Decreto 1348/1985, otorga a la Administración aquella facultad (esta norma ha sido sustituida por el artículo 4,5 del nuevo reglamento, Real Decreto 2486/1998).

Tras el examen de la cuestión debatida y el análisis de la normativa aplicable, el Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida en los términos siguientes: "sobre la base de que en el ejercicio anual se dio una situación excepcional de desvío o exceso de la siniestralidad por encima de la media, hecho que nadie puso en tela de juicio, no había precepto legal o reglamentario que impusiera 'excluir' de la provisión aplicada los recargos de seguridad correspondiente a las primas de riesgo del citado ejercicio. A ello se refirió la Sala de instancia destacando que el tan citado artículo 60 no imponía la 'periodificación' exigida por la Administración, a diferencia de lo que sucedía en otros preceptos del mismo Reglamento.

La expresión literalmente utilizada por la Sala de instancia ('tan válido puede ser el criterio sostenido por la Administración como por la demandante') debe entenderse, pues, en este contexto. Con ella lo que se quiere afirmar es: a) que la norma permite, obviamente, que los recargos de seguridad de las primas de riesgo devengados durante un determinado año configuren la provisión aplicable en el siguiente o siguientes; y b) que la misma norma permite igualmente que la provisión constituida con dichos recargos de seguridad se aplique también en el ejercicio anual del devengo, si es que se dan las circunstancias de desviación de siniestralidad reglamentariamente exigibles.

Dado que la empresa aseguradora optó por esta segunda solución, que consideramos válida, la Administración no podía, a falta de una inexistente norma que prestase expresa cobertura a su concreta exigencia, obligarle a que alterara el reflejo contable de una decisión empresarial legítima cuyo contenido se había atenido al marco reglamentario regulador de la provisión objeto de debate."

La segunda cuestión analizada se refería al ajuste exigido por la Dirección General de Seguros sobre el valor que, a efectos de cobertura de los inmuebles vinculados a operaciones de renta-pensión vitalicia, debía constar en la contabilidad de la empresa aseguradora. También sobre este punto el Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida que en su día estimó el recurso de la recurrente frente a la resolución administrativa. Para ello acude a un argumento de tipo procesal como es el relativo a los límites del recurso casacional.

En efecto, la Sala de instancia estimó el recurso de la recurrente al entender que no existía cobertura legal que justificara el criterio administrativo impuesto según el cual los inmuebles se debían valorar por la provisión matemática subsistente en el contrato del cual proceden. Para la Administración esta obligación derivaba de lo dispuesto en su Resolución de 27 de marzo de 1992.

Pues bien, como decíamos, sobre esta segunda cuestión, el Tribunal Supremo rechaza el recurso casacional al entender que la infracción alegada por el Abogado del Estado no afecta a norma alguna sino a un acto administrativo singular, la Resolución de 27 de marzo de 1992. Este acto, por otra parte, ya en su día fue considerado como un mero precedente que, además, contradecía otras resoluciones de signo contrario.

9. SERVICIOS POSTALES

Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales. Nulidad parcial.

El Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, aprobó el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de la Ley 24/1998, de 13 de julio. Dicho Reglamento fue impugnado de forma directa por diversas Asociaciones que agrupan a empresas del sector de la distribución postal y de paquetería. Habiéndose solicitado que se planteara cuestión prejudicial ante el TJCE, el Tribunal Supremo, por Auto de 16 de mayo de 2002 planteó la cuestión prejudicial formulando las dos siguientes cuestiones: "La interpretación del Considerando 21 de la Directiva 97/67/CE permite excluir del concepto de "autoprestación" los servicios postales prestados por la persona del remitente (u otra en su exclusivo nombre), cuando la receptora no sea esta propia persona, cuando sean consecuencia de su actividad comercial, o se realicen por el sistema de valijas u otros procedimientos semejantes, o cuando la autoprestación perturbe los servicios reservados al operador del servicio universal, y

¿Es posible incluir los servicios de giro postal entre los reservados al operador del servicio postal universal?

El Tribunal Supremo resuelve los recursos planteados en la **Sentencia de 8 de junio de 2004,** Ar. 5048. Para el Tribunal, en el fondo de los diversos recursos, subyace una misma cuestión de fondo, consistente en el deseo de las empresas recurrentes de que no se extienda más allá de lo legalmente previsto los servicios reservados al Ente Público Correos y Telégrafos, mediante fórmulas que restrinjan los servicios urbanos prestados en régimen de concurrencia, y por contra se amplían los interurbanos, alguno de los cuales forman parte de los reservados al prestador del servicio postal universal.

Entrando en el examen de los diversos preceptos impugnados y los diversos motivos de impugnación, el Tribunal estima en primer lugar el recurso por la falta del preceptivo informe del Consejo General del Poder Judicial en relación a los preceptos que se refieren al régimen de notificaciones y citaciones con incidencia en actuaciones procesales. No obstante, precisa el Tribunal que la nulidad se predica sólo de los preceptos con incidencia en materia procesal, y no sobre todo el reglamento como pretendían los recurrentes. En concreto se anulan el artículo 12.4 y la sección segunda, capítulo segundo, título segundo, sólo en cuanto sea aplicable a la admisión y entrega de notificaciones.

El artículo 2.2 también se declara contrario a Derecho en aplicación del contenido de la sentencia del TJCE, de 11 de marzo de 2004, por la que resolvió la cuestión prejudicial.

Dicha sentencia declaró contraria al Derecho comunitario la exclusión del ámbito del reglamento de los servicios realizados en régimen de autoprestación.

También anuló el Tribunal Supremo el artículo 13.2.a) del Reglamento impugnado.

10. TELECOMUNICACIONES

A) Asignación de bloques de numeración geográfica

Dos resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por las que se asignaron unos bloques de numeración geográfica del Plan Nacional de Numeración, y se reservaron otros, a determinadas entidades, fueron impugnadas por Telefónica, Sociedad Operadora de Servicios de Telecomunicaciones en España, S.A.

Los recursos fueron estimados en primera instancia por la Audiencia Nacional. Recurridas las sentencias en casación, el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 9 de julio y 22 de septiembre de 2004, Ar. 4196 y 5615, desestimó los recursos interpuestos y, aplicando su propia doctrina elaborada en casos similares, confirmó las sentencias impugnadas.

Las sentencias objeto del recurso casacional estimaron los recursos contra los acuerdos de la CMT por entender que no cabía efectuar las reservas establecidas al tratarse de operadores que ya poseían título habilitante para prestar el servicio básico. Esta decisión se fundaba en la interpretación del artículo 1,2 del Reglamento de Procedimiento de Asignación y Reserva de Recursos Públicos de Numeración, ya que para la Audiencia Nacional dicho precepto sólo permite la obtención de reserva de recursos públicos de numeración a los operadores que no poseyeran título habilitante para la prestación de servicios telefónicos.

El **Tribunal Supremo,** con cita de sus **Sentencias de 26 de abril, 6 de mayo y 27 de mayo de 2004,** Ar. 2821, 2878 y 3549, confirma la validez de la sentencia impugnada. Para el citado Tribunal debe llegarse a la misma conclusión a partir de la interpretación literal del artículo 12 del Reglamento antes citado, Real Decreto 225/1998, y teniendo además en cuenta su interpretación sistemática por relación con los artículos 15,18 y 19 de la misma norma.

B) Por cable

Por Orden Ministerial de 21 de diciembre de 1998 se acordó ampliar la demarcación territorial de Andalucía II (Málaga y Córdoba) constituida para la prestación del servicio público de telecomunicaciones por cable, modificándose las concesiones otorgadas en la misma. Contra esta Orden interpuso recurso una concreta entidad que había obtenido la concesión para la prestación de este mismo servicio en zonas contiguas a las de nueva adjudicación.

El recurso de primera instancia fue declarado inadmisible por falta de legitimación de la recurrente. Dicha sentencia fue recurrida en casación. El recurso casacional fue resuelto por la **STS de 5 de octubre de 2004,** Ar. 5708, sentencia que estimó en parte el recurso.

La sentencia del Tribunal Supremo casa la sentencia impugnada en lo relativo al acuerdo de inadmisión, ya que entiende que la entidad recurrente sí estaba legitimada, en tanto titular de una concesión en la demarcación territorial vecina. Por tanto, el recurso debió admitirse y el Tribunal debió entrar a enjuiciar la cuestión de fondo.

En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal Supremo desestima el recurso ya que aprecia que el acto impugnado, por el que se procedió a ampliar la concesión, se ajustó a Derecho, tanto en su vertiente formal como sustantiva. Así, no aprecia vicio de procedimiento, y estima que en cuanto al fondo la resolución fue razonable, habiendo hecho la Administración un correcto uso de su potestad discrecional. En relación a esto último el Tribunal afirma que:

> "en la resolución de este expediente actúa con criterios de discrecionalidad tanto para establecer nuevas demarcaciones con los municipios que no las tengan, como para agregarlos a las ya existentes, de entre las cuales también podrá elegir con discrecionalidad, a qué demarcación se va a efectuar la agregación, atendiendo a criterios de mejor satisfacción del servicio de televisión con cable.
>
> La entidad recurrente, aparte de no haber solicitado, conforme al artículo 10 del Real Decreto 2066/1996, la ampliación de su demarcación a municipios no demarcados, no ha especificado en ningún momento ni cuáles son los municipios a que pretendía extender su concesión, ni ha demostrado que la extensión de la demarcación Andalucía II le afectase en sus intereses económicos, ni si reunía las condiciones para prestar el servicio al territorio de la ampliación (prestación de garantía, extensión de la cobertura de red en los plazos previstos, etc.).
>
> Es cierto que alguno de los municipios a que se extendió la demarcación estaban más cercanos a la del recurrente, pero también es cierto que la mayor parte estaban más alejados y más cercanos a la de Andalucía II, incluso enclavados dentro de ella, como puede apreciarse del plano que se aporta con la demanda. De aquí que no parezca ilógico ni arbitrario, que la Administración en el ejercicio de esa potestad discrecional, a la que antes se aludió, eligiese la ampliación de esta última, por el carácter unitario que se daba a la misma, que indudablemente iba a repercutir en la mejor prestación del servicio y su mejor rentabilidad por el concesionario, y ello pese a ser la concesión del recurrente limítrofe con los pueblos más orientales, pues esta cualidad también la ostentaba la titular de Andalucía II."

11. TRANSPORTES

A) Servicio de auto taxi

a) Situación de incompatibilidad. Pérdida de licencia

La **STS de 12 de abril de 2004,** Ar. 3756, incide de nuevo en la distinción de las categorías de sanción, revocación y caducidad de licencias de auto taxi. En el caso enjuiciado el acto impugnado en primera instancia y en el recurso de casación era la declaración de

situación de incompatibilidad de un titular de licencia de auto taxi al no explotar dicha licencia en régimen de dedicación exclusiva. Como consecuencia de esta declaración se otorgaba al titular de la licencia un plazo para que optase entre ceder la licencia o abandonar la profesión.

Frente a los argumentos del recurrente basados en vicios de procedimiento propios del régimen sancionador, el Tribunal, reiterando la doctrina de su **Sentencia de 14 de diciembre de 1999,** Ar. 9460, afirma que la declaración de incompatibilidad del concesionario de la licencia no puede considerarse en ningún caso como actividad sancionadora, ya que la causa del acto no es tratar de revocar la licencia por la comisión de una falta punible. Tampoco se trata de revocar la licencia en aplicación del artículo 16,1 del Reglamento de servicios de las Corporaciones locales. Se trata, afirma la Sala, de "seguir e procedimiento adecuado para declarar la situación de incompatibilidad en el desempeño conjunto de dos actividades legalmente irreconciliables, ofreciendo al actor la posibilidad de optar libremente por la que a sus intereses convenga".

La citada sentencia reitera también la validez del Real Decreto 763/1979, con cita al respecto de abundante jurisprudencia, y afirma la corrección de su aplicación supletoria en caso de defecto de normativa específica en la Comunidad Autónoma de Madrid.

b) Establecimiento de turnos de horarios

La Agrupación Empresarial de Auto Taxi y Autoturismo de Baleares interpuso recurso contra la reglamentación del servicio de autotaxi y establecimiento de turnos de horarios en el municipio de Palma de Mallorca. El recurso fue estimado en parte, y frente a dicha sentencia la entidad recurrente en primera instancia formuló recurso de casación.

El Tribunal Supremo, en su **Sentencia de 2 de junio de 2004,** Ar. 4024, rechaza en primer lugar la petición de declaración de la nulidad radical del reglamento por falta de competencia del ente municipal para dictar la norma impugnada.

Sobre este punto, el Tribunal, recogiendo doctrina anterior (Sentencias de 3 de diciembre de 1999, 3 de febrero de 1999, 30 de octubre de 2002 y 10 de junio de 2003), confirma la competencia municipal para elaborar reglamentos y ordenanzas relativas al "servicio público impropio" de auto taxi que se han de prestar dentro del respectivo término municipal. La citada competencia se dice que no se ha visto alterada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 118/1996, que vino a limitar las competencias entre la Administración estatal y las autonómicas en esta materia, pero sin incidir en las competencias municipales. Consecuentemente, rechaza la nulidad radical del Reglamento impugnado.

Subsidiariamente la recurrente dirige su impugnación al artículo 52 del reglamento municipal, precepto según el cual los vehículos de auto taxi únicamente prestarán servicio durante el horario comprendido en los turnos establecidos.

El Tribunal Supremo rechaza también este argumento. Primero porque se trata de una cuestión nueva sobre la que el Tribunal de instancia no tuvo ocasión de pronunciarse, y porque no se cita jurisprudencia favorable a la tesis sostenida. Pero además, porque el Tribunal entiende que la facultad municipal de regular la prestación del servicio de auto taxi en su término municipal comprende la potestad de organizar el servicio correspondiente dentro de los límites de lo razonable y velando de modo eminente por la mejor satisfacción de las necesidades de los usuarios y la racional distribución de la posible rentabilidad que la prestación del servicio lleve consigo. Argumento que coincide con el ya expuesto en la Sentencia de 19 de julio de 2000.

En consecuencia, analizado el contenido del reglamento, estima que el mismo es conforme a Derecho, y que no vulnera norma alguna superior, ni tampoco el artículo 48.b) del Real Decreto 763/1979 a que se refiere la parte recurrente.

B) Transporte de viajeros por carretera

a) Expediente de convalidación-sustitución de concesión

Concedida una línea de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera, en sustitución de concesiones anteriores con hijuelas, el acto concesional fue impugnado. Estimado el recurso por la Audiencia Nacional, la empresa beneficiaria de la concesión y la Administración concedente recurrieron en casación. El **Tribunal Supremo,** en su **Sentencia de 30 de junio de 2004,** Ar. 5225, desestimó el recurso.

En su sentencia desestimatoria el Tribunal Supremo tras rechazar diversos argumentos de carácter formal y procesal entra a analizar también una cuestión sustantiva relativa al régimen jurídico de los transportes. En concreto examina el alcance de los expedientes de convalidación-sustitución y las posibilidades de introducir modificaciones de conformidad con la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 16/1987 y la Orden Ministerial de 14 de abril de 1988. Tras una larga exposición del sentido de estas normas, se afirma que:

> "La racionalidad en la explotación de las concesiones de transporte público por carretera resulta, indudablemente, un valor a defender al que prestó especial atención la citada Disposición al regular por un procedimiento especial y transitorio la convalidación conjunta de concesiones existentes. Pero, siempre, respetando el principio de audiencia mediante la correspondiente comparecencia en el expediente cuando resultaren afectados o pudieren causarse perjuicios a terceros [artículo 3.2.a) de la Orden Ministerial de 14 de abril de 1988] a fin de no causar indefensión. Máxime si, como en el caso de autos, tras la convocatoria general a través del Boletín Oficial del Estado (artículo 3.2 de la Orden Ministerial de 14 de abril de 1988) se acoge un hecho nuevo –la tan citada hijuela Tarancón-Albacete– no recogido en el expediente originario. Recordemos que tal exigencia constituye un principio general de nuestro procedimiento administrativo, artículo 112 de la LRAPC, a fin de que se depurasen las consecuencias de la citada coincidencia así como que también se establece en el procedimiento ordinario para modificar concesiones

en el Reglamento de ordenación de los Transportes Terrestres, Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre.

En consecuencia, no justificado en autos, tal cual recoge la sentencia de instancia, que aquella incorporación derivada del cuadro 16, fuere notificada al titular de la concesión que podía ver perjudicados o mermados sus intereses económicos resulta evidente que la antedicha modificación conculcó el procedimiento establecido en la Disposición Transitoria tantas veces citada y su Orden Ministerial de desarrollo. Si el principio de audiencia constituye un requisito esencial en cualquier procedimiento más aún se hace necesario respetarlo en un procedimiento extraordinario como es el desarrollado a lo largo de un período de tiempo más que dilatado al amparo de una Disposición Transitoria."

b) Derecho de preferencia del titular de concesión de servicio regular preferente

La interpretación del artículo 108 del Reglamento de la Ordenación del Transporte Terrestre, Real Decreto 1911/1990 de 28 de septiembre y, en concreto, del derecho de preferencia del titular de una concesión de servicio regular permanente de uso general, cuando el tráfico del nuevo servicio especial coincide totalmente con el del servicio de uso regular, se vuelve a plantear en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2004,** Ar. 5559.

En este caso la resolución impugnada desestimó el derecho de preferencia. La desestimación fue impugnada ante el Tribunal Superior de Justicia, el cual confirmó la validez del acto desestimatorio impugnado.

En su sentencia casacional el Tribunal Supremo pone de relieve que el citado artículo 108 del Real Decreto 1911/1990 no otorga un derecho de retracto que imponga otorgar en todo caso el contrato al concesionario de una línea de servicio regular permanente de uso general, sino tan sólo una preferencia. A lo que añade que esta preferencia no otorga un derecho ilimitado, sino que el derecho está reglamentariamente restringido. Así, añade, el precepto aplicable exige de forma clara a la empresa que pretenda ejercer la preferencia que las condiciones que ofrezca para la prestación del servicio sean equivalentes a las que ofrece la otra empresa.

Tras analizar el alcance del concepto jurídico indeterminado "equivalencia", así como las circunstancias del caso concreto, concluye que no existía una situación de equivalencia, razón por la cual no procedía reconocer el derecho de preferencia que se pretendía ejercer por parte de la recurrente.

Luis Arroyo
Alfredo Galán Galán
Elisenda Malaret García
Joaquín Tornos Mas

XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD

Sumario:

1. Consumo. A) Suministro de información relativa a los abonados para la elaboración de guías telefónicas. B) Residuos de plaguicidas en hojas de vid. **2. Deporte.** A) Reglamento de la FIFA sobre agentes de jugadores: inexistencia de interés comunitario. **3. Educación.** A) No universitaria: a) Exigencia de motivación adecuada para denegar la prórroga de un concierto educativo. B) Universitaria: a) Sobre la legalidad del Real Decreto regulador del sistema de Habilitación Nacional. **4. Extranjeros.** A) Permiso de trabajo y de residencia. B) Expulsión. C) Asilo y condición de refugiado. D) Extradición. E) Nacionalidad. **5. Juego.** A) Utilización de bases de datos futbolísticos en apuestas. **6. Orden público.** A) ¿Posible internamiento con objeto de expulsar al nacional comunitario que no presenta un documento de identidad o pasaporte válido para acreditar su nacionalidad? **7. Sanidad.** A) Legalidad del Reglamento vasco sobre valoración, conservación y expurgo de historias clínicas hospitalarias

1. CONSUMO

A) Suministro de información relativa a los abonados para la elaboración de guías telefónicas

La **STJCE de 25 de noviembre de 2004**, C-109/03, *as. KPN Telecom*, tiene por objeto la interpretación del artículo 6, apartado 3, de la Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo. La cuestión prejudicial se suscitó en el marco de un litigio entre *KPN Telecom* y la autoridad independiente de correos y telecomunicaciones de Holanda, en relación con la puesta a disposición, en beneficio de empresas privadas, de determinada información relativa a los abonados de *KPN*, para la elaboración de guías telefónicas por parte de dichas empresas, teniendo en cuenta que *KPN* es el proveedor del servicio universal de telefonía vocal en los Países Bajos.

Al efecto el Tribunal de Justicia determina que el citado artículo 6, apartado 3, de la Directiva 98/10/CE, debe interpretarse en el sentido de que la expresión "información pertinente" se refiere únicamente a los datos relativos a los abonados que no hayan ma-

nifestado su oposición a figurar en una lista publicada y que son suficientes para que los usuarios de una guía telefónica puedan identificar a los abonados que buscan. Dichos datos incluyen, en principio, el nombre y la dirección, junto con el código postal, de los abonados, así como el número o números de teléfono que les ha asignado el organismo de que se trate. No obstante, los Estados miembros pueden establecer que se pongan a disposición de los usuarios otros datos cuando, habida cuenta de las condiciones nacionales específicas, parezcan necesarios para la identificación de los abonados.

Asimismo, el artículo 6, apartado 3, de la Directiva 98/10, en la medida en que establece que la información pertinente se facilitará a terceros en unas condiciones equitativas, orientadas en función de los costes y no discriminatorias, ha de interpretarse en el sentido de que: en primer lugar, respecto a datos como el nombre y la dirección de las personas, así como el número de teléfono que se les ha asignado, el proveedor del servicio universal únicamente puede facturar los costes relativos a la puesta a disposición efectiva de terceros de dichos datos; y, en segundo lugar, respecto a datos adicionales que tal proveedor no está obligado a poner a disposición de terceros, éste tiene derecho a facturar los costes adicionales que ha debido soportar para obtener esos datos, excepto los costes relativos a dicha puesta a disposición, siempre que se garantice que dichos terceros no recibirán un trato discriminatorio.

B) Residuos de plaguicidas en hojas de vid

La **STJCE de 2 de diciembre de 2004**, C-398/03, *as. Gavrielides,* resuelve la cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de la Directiva 90/642/CEE del Consejo, de 27 de noviembre de 1990, relativa a la fijación de los contenidos máximos de residuos de plaguicidas en determinados productos de origen vegetal, incluidas las frutas y hortalizas. La cuestión se formuló en el marco de un litigio entre la sociedad Gavrielides y la Administración finlandesa de aduanas como consecuencia de determinadas resoluciones mediante las cuales ésta había prohibido a *Gavrielides* importar a Finlandia hojas de vid, en la medida en que se encuentren contaminadas con plaguicidas.

La solución del litigio principal planteada ante el Tribunal de Justicia dependía de si la Directiva 90/642 debe interpretarse en el sentido de que fija de una forma imperativa los contenidos máximos de residuos de clorpirifos y de fenarimol en lo que se refiere a las hojas de vid. Al respecto, se señala que, a tenor de las indicaciones facilitadas por la Comisión, hasta la fecha, los efectos favorables y desfavorables de los plaguicidas sobre las hojas de vid no han sido objeto de ninguna evaluación científica, de forma que no cabe clasificar las citadas hojas en el epígrafe "Otros" del subgrupo de las hierbas aromáticas dentro del grupo de las hortalizas de hoja y hierbas aromáticas frescas, tal como desea el Gobierno finlandés, o en el subgrupo de las uvas de mesa o de vinificación dentro del grupo de las bayas y frutas pequeñas, según alegan, con carácter subsidiario, *Gavrielides y el Gobierno griego.*

Por lo que se concluye que la Directiva 90/642/CEE del Consejo, de 27 de noviembre de 1990, relativa a la fijación de los contenidos máximos de residuos de plaguicidas en determinados productos de origen vegetal, incluidas las frutas y hortalizas, en su versión modificada por la Directiva 2000/42/CEE de la Comisión, de 22 de junio de 2000, no es aplicable a las hojas de vid.

2. DEPORTE

A) Reglamento de la FIFA sobre agentes de jugadores: inexistencia de interés comunitario

La **STPICE de 25 de enero de 2005,** T-313/02, *as. Piau*, desestima el recurso interpuesto por el demandante, que en origen presentó, el 23 de marzo de 1998, una denuncia relativa al Reglamento de la FIFA sobre los agentes de jugadores, ante la Comisión, que abrió el procedimiento administrativo de infracción previsto en materia de competencia, y llevó a la FIFA a adoptar, el 10 de diciembre de 2000, un Reglamento modificado sobre los agentes de jugadores. En el presente caso, tres tipos de consideraciones sirven de base a la apreciación de la Comisión respecto a la inexistencia de interés comunitario: la derogación de las disposiciones más restrictivas contenidas en el Reglamento inicial, la aplicabilidad a las disposiciones del Reglamento modificado de una exención en virtud del artículo 81 CE, apartado 3 y la inaplicabilidad del artículo 82 CE.

Al efecto, el Tribunal concluye que es infundada la alegación del Sr. Piau según la cual las disposiciones más restrictivas del Reglamento inicial no se suprimieron y persisten los efectos contrarios a la competencia debido a su permanencia en el Reglamento modificado. Asimismo, procede desestimar por inoperante la alegación del demandante según la cual no cabe invocar la "especificidad deportiva" para justificar una excepción a las normas sobre la competencia, puesto que la decisión impugnada no se basa en tal excepción y contempla el ejercicio de la actividad de agente de jugadores como una actividad económica sin reconocerle el beneficio de una especificidad deportiva que, en efecto, no se le aplica.

Ahora bien, a juicio del Tribunal, aunque la Comisión considerase erróneamente que la FIFA no gozaba de una posición dominante en el mercado de las prestaciones de servicios de los agentes de jugadores, las demás conclusiones contenidas en la decisión impugnada, según las cuales se habían suprimido las disposiciones más restrictivas de la normativa controvertida y el sistema de licencias podría beneficiarse de una decisión de exención en virtud del artículo 81 CE, apartado 3, llevaban consecuentemente a estimar que no existía ninguna infracción con arreglo al artículo 82 CE y a desestimar las alegaciones del demandante a este respecto. Por tanto, pese al error de Derecho cometido por la Comisión al estimar que el artículo 82 CE no era aplicable, su aplicación no habría podido en ningún caso desembocar en la apreciación de un abuso de posición dominante debido a las demás conclusiones correctamente extraídas del examen del Reglamento. De este modo, no queda afectada la legalidad de la desestimación de la denuncia por la inexistencia de interés comunitario en la continuación del procedimiento.

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) Exigencia de motivación adecuada para denegar la prórroga de un concierto educativo

La **STS de 27 de septiembre de 2004**, Ar. 5682, reitera una línea jurisprudencial por la que se exige que, para denegar una prórroga de un concierto educativo por insuficiencia presupuestaria de la Administración, ésta lo argumente suficientemente; de tal manera, además, que al no hacerlo así, se infringe el artículo 27 CE, en el punto en el que impone a los poderes públicos el deber de ayuda a los centros que reúnan los requisitos establecidos por la ley.

B) Universitaria

a) Sobre la legalidad del Real Decreto regulador del sistema de Habilitación Nacional

Diversas **SSTS de 20 y 22 de julio y 23 de septiembre de 2004**, Ar. 5371, 5524, 5528, 5529, 5631, 5632 y 5633, desestiman sendos recursos directos interpuestos contra el Real Decreto 774/2002, de 26 de julio, por el que se regula el sistema de Habilitación Nacional para el acceso a Cuerpos Funcionarios Docentes Universitarios. Todos ellos tenían en común basarse en la tacha de ilegalidad consistente en excluir a los docentes en situación de excedencia por prestar servicios en una universidad privada de formar parte de las Comisiones de Habilitación Nacional. El Tribunal Supremo desestima los recursos por considerar que la disposición reglamentaria no se excedió de la delegación legal prevista y que la situación de excedencia, al dejar en suspenso el vínculo y la relación de servicios que le ligaba a la Universidad estatal, le sitúa al interesado fuera del entorno de la actividad pública docente, resultando justificada su diferenciación con respecto a los funcionarios en servicio activo o situación semejante.

Por el contrario, la **STS de 20 de octubre de 2004**, Ar. 6082, sí que estima el recurso directo interpuesto contra la misma norma reglamentaria por el Consejo General de Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales, en el concreto extremo en el que sólo reconoce para la Ingeniería Técnica la Expresión Gráfica en la Ingeniería y la Ingeniería Eléctrica (y no la Ingeniería Mecánica, Textil, Química Industrial y Eléctrica) como únicas pruebas de habilitación y concursos de acceso a los Cuerpos de Escuelas Universitarias.

4. EXTRANJEROS

A) Permiso de trabajo y de residencia

La **STS de 28 de septiembre de 2004**, Ar. 5928, confirma la corrección de la sentencia anulatoria de una denegación gubernativa del permiso de residencia, haciendo una in-

terpretación restrictiva de los motivos de expulsión por razón de orden público prevista en la Ley Orgánica 7/1985: "Ciertamente aquellos motivos de expulsión aluden a 'actividades' contrarias al orden público y 'actividades' ilegales, mas, de un lado, la referencia a 'actividades' ha de entenderse alusiva a una cierta continuidad en la actuación que no puede, en principio, integrarse por la condena a una pena de dos meses y un día de arresto mayor, cuyo antecedente penal ha sido cancelado, además, y, de otra parte, el propio concepto de orden público, que es de difícil concreción y que ha venido interpretándose en distintos sentidos en las distintas etapas de la vida pública en España, resulta aplicable a conductas que afecten al orden y a la tranquilidad pública de la nación y ha de ser objeto de una interpretación restrictiva".

B) Expulsión

La **STJCE de 11 de noviembre de 2004**, C-467/02, *as. Cetinkaya*, se dicta en cuestión prejudicial de interpretación de la Decisión núm. 1/80, de 19 de septiembre de 1980, del Consejo de Asociación (Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, creada en 1963). De esta Sentencia interesa destacar, en primer lugar, que considera que, a la hora de expulsar a un ciudadano turco de un país de la Comunidad Europea, los órganos judiciales nacionales deben interpretar la causa de "orden público" de igual manera a como lo hacen en el caso de un ciudadano nacional de un Estado miembro; y, en segundo lugar, que los órganos jurisdiccionales nacionales, en tal supuesto, deben tener en cuenta, al examinar la legalidad de la medida de expulsión adoptada contra un ciudadano turco, también los hechos posteriores a la última resolución de la autoridad competente que puedan implicar la desaparición o la considerable disminución de la amenaza que constituían para el orden público el comportamiento de la persona de que se trate (esto es, la doctrina contenida en la Sentencia *Orfanopoulos*, comentada en la crónica anterior).

C) Asilo y condición de refugiado

También en esta ocasión han sido numerosas (una cincuentena) las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo a este respecto, razón por la cual habremos de agruparlas de alguna manera.

El grupo más numeroso se corresponde con recursos contra la *inadmisión a trámite* de las solicitudes de asilo. A su vez, un número importante son sentencias que confirman la legalidad del acto denegatorio a trámite, por no corresponder las razones aducidas por los solicitantes con alguna de las causas legalmente previstas para su otorgamiento (**SSTS de 8 y 23 de junio, 12, 26 y 30 de julio, 2, 14, 15, 22, 28 y 29 de septiembre, 4, 5 y 6 de octubre de 2004**, Ar. 5847, 5795, 4949, 5373, 5738, 6007, 5961, 5740, 5880, 5881, 5635, 5839, 5755, 5756, 5757, 6068, 6018 y 5933, 5990).

En otras sentencias, sin embargo, el Tribunal Supremo considera incorrecta la inadmisión a trámite y, anulando ésta, ordena tramitar hasta su resolución la solicitud de asilo (**SSTS de 1 de junio, 20 y 27 de julio, 22, 28 y 29 de septiembre y 13 de octubre de 2004**, Ar. 5518, 5733, 6006, 5375, 5634, 6054, 6013, 6015, 6023 y 6024).

Las **SSTS de 22 y 23 de junio de 2004**, Ar. 6034 y 5665, insisten en la necesidad de solicitar el asilo en el plazo reglamentariamente establecido de un mes desde la entrada en territorio español (aunque ésta sea ilegal); interpretando que, dejar pasar ese plazo, vendría a significar que el temor a la persecución carecería de vigencia.

Con respecto al preceptivo informe del ACNUR, las **SSTS de 25 de mayo y 16 de junio de 2004**, Ar. 5305 y 5936, declaran que cuando es el recurrente el que alega que la Administración no lo ha solicitado, le corresponde a ésta la prueba del cumplimiento de tal deber. Y en los casos en los que no se hubiera solicitado por la Administración, se ordena retrotraer el expediente (**SSTS de 16 de junio y 2 de septiembre de 2004**, Ar. 5936 y 5822).

El siguiente grupo se corresponde con las *cuestiones de fondo* sobre las solicitudes de asilo. Las más destacables son las siguientes. La **STS de 21 de septiembre de 2004**, Ar. 5639, entiende que la persecución exigida para el otorgamiento de asilo no necesariamente ha de proceder de un Estado; lo que sí exige es que no pueda acogerse a la protección de su país, lo que incluye no sólo los casos en que un Estado no sea capaz de otorgar la debida protección o no esté dispuesto a otorgarla, sino también aquellos en que, aun siendo capaz y estando dispuesto a proteger a sus ciudadanos, no puede hacerlo en un caso concreto; este dato de la posibilidad o no de protección estatal es el relevante y no el de si la persecución procede o no del Estado mismo.

Las **SSTS de 26 de mayo y 28 de septiembre de 2004**, Ar. 5306 y 5683, siguen interpretando que la situación de conflicto violento y generalizado en un país, sin persecución personal y concreta, no es suficiente motivo para el otorgamiento del asilo.

Por su parte, la **STS de 2 de septiembre de 2004**, Ar. 6007, interpreta que no es motivo para el otorgamiento del asilo el desacuerdo con la política social o económica del Gobierno de su país o la falta de trabajo.

Finalmente, hay algunas sentencias que hacen referencia a la posibilidad de aplicación del artículo 17.2 de la Ley 5/1984, esto es, la autorización por razones humanitarias a la permanencia en España del solicitante de asilo **(SSTS de 23 de junio, 2 y 28 de septiembre y 5 de octubre de 2004**, Ar. 5938, 5962, 5755, 5932 y 6019).

D) Extradición

La **STC 181/2004, de 2 de noviembre**, contiene algún importante pronunciamiento sobre las exigencias constitucionales para el caso de una extradición pasiva de un ciudadano de doble nacionalidad (venezolana y española). Podemos destacar ahora que el Tribunal Constitucional no considera discriminatorio (con respecto a los que sólo ostentan la nacionalidad española) la interpretación realizada por la Audiencia Nacional que decidió no considerar improcedente la extradición con base exclusiva en la condición de nacional del reclamado. Asimismo, aborda las exigencias constitucionales del artículo 15

CE (prohibición de sometimiento a penas o tratos inhumanos o degradantes) en los casos de extradición pasiva —lo que realiza con pormenor y profundidad considerables—, para llegar a la conclusión de que las garantías previstas en el artículo 11.2 del Tratado de extradición hispano-venezolano son suficientes, sin perjuicio de que el Gobierno, en caso de acordar con carácter definitivo la extradición, requiera formalmente del Estado venezolano garantías adicionales.

E) Nacionalidad

La **STS de 24 de mayo de 2004**, Ar. 5554, realiza un esfuerzo interpretativo notable a este respecto. Así, recordando una línea doctrinal propia (STS de 30 de noviembre de 2000, Ar. 94 de 2001), señalará los siguientes aspectos: "El concepto jurídico indeterminado 'buena conducta cívica' debe ser valorado por la Administración y, en su caso, por el órgano jurisdiccional que conozca de la materia en vía de recurso contencioso, como un requisito exigible para la concesión de la nacionalidad española que debe ser apreciado en su conjunto y en modo alguno en relación a un período de tiempo predeterminado"; "esta Sala cuando, afirma que los antecedentes penales cancelados no pueden determinar *per se* el incumplimiento del requisito de la buena conducta exigido para obtener determinados derechos (...) se está refiriendo a que no puede ser limitado a un ciudadano español o residente legalmente en España el ejercicio de los derechos reconocidos en las leyes por unos antecedentes penales cancelados y que por tanto no existen en el mundo jurídico, dado que la cancelación implica su eliminación a todos los efectos"; pero en este caso "no nos encontramos ante un simple supuesto de limitación en el ejercicio de un derecho, no cabe en modo alguno afirmar que la obtención de la nacionalidad por residencia sea un derecho subjetivo, estamos más ante un acto que constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un Estado, que conlleva el otorgamiento de una cualidad que lleva implícita un conjunto de derechos y obligaciones, otorgamiento en todo caso condicionado al cumplimiento por el solicitante de unos determinados requisitos y que, conforme al artículo 21 del Código Civil, puede ser denegado por motivos de orden público o interés nacional. En segundo lugar, el artículo 22 del Código Civil establece como uno de esos requisitos que el solicitante acredite positivamente la observancia de buena conducta cívica, es decir, no basta que no exista constancia en los registros públicos de actividades merecedoras de consecuencias sancionadoras penales o administrativas que *per se* impliquen mala conducta, lo que el artículo 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta durante el tiempo de residencia en España y aun antes ha sido conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica (...). El concepto 'buena conducta cívica' se integra por la apreciación singular del interés público conforme a unos criterios, preferentemente políticos marcados explícita e implícitamente por el legislador (...), pues al ser la nacionalidad española el sustrato y fundamento necesario para el ejercicio pleno de los derechos políticos, es dable exigir al sujeto solicitante, a consecuencia del *plus* que contiene el acto de su otorgamiento enmarcable dentro de los 'actos favorables administrativos', un com-

portamiento o conducta que ni siquiera por vía indiciaria pudiera cuestionar el concepto de bondad que el precepto salvaguarda, como exigencia específica determinante de la concesión de la nacionalidad española". Y como original de esta Sentencia, añadirá lo siguiente: "Para adquirir la nacionalidad por naturaleza se exige que concurran en el solicitante 'circunstancias excepcionales' (...). Para la adquisición de la nacionalidad por residencia, en cambio, basta con acreditar que ésta ha sido legal y continuada durante un cierto tiempo –dos años en el caso que nos ocupa– y que, teniendo suficiente grado de integración en la sociedad española, se es persona de buena conducta cívica", debiendo interpretarse este último requisito de la siguiente manera: "no podemos llamar buena conducta cívica a cualquier cosa, a efectos de poder obtener este estatus por la mera residencia legal, sino que ese estándar medio de conducta cobra en este caso un punto más de intensidad, de modo y manera que ha de exigirse con particular rigor que ese parámetro sea escrupulosamente respetado".

Sin embargo, la **STS de 20 de julio de 2004**, Ar. 5567, parece seguir una línea interpretativa diferente (más amplia).

Por su parte, la **STS de 28 de mayo de 2004**, Ar. 4627, anula una denegación de nacionalidad porque "esas costumbres y tradiciones a las que se refiere la Administración tienen que ver, de modo casi exclusivo, con la fe religiosa que profesan la recurrente y su familia, y la mayoría de la población musulmana que habita en la ciudad de Melilla, lo que constituye un derecho fundamental reconocido a todos como es el de la libertad religiosa y de culto que consagra la Constitución Española en el artículo 16. Lo que no excluye que la recurrente en otros aspectos mantenga el suficiente grado de integración en la sociedad española que exige el artículo 22.4 del Cc".

Sin embargo, la **STS de 26 de julio de 2004**, Ar. 5546, ratifica una denegación de nacionalidad fundamentalmente porque el solicitante tiene dos esposas, "y por más que esto sea conforme con la legislación y la religión islámica, no lo es conforme a la legislación española. Por lo que no puede aceptarse la pretendida integración a los usos y costumbres de eso que se llama sociedad española, porque el significante 'sociedad' se emplea en el artículo 22.4 del Código Civil con el significado político-sociológico de 'convivencia de una comunidad humana bajo usos comunes'".

Algunas otras resoluciones –como las **SSTS de 19 y 27 de julio y 17 de septiembre de 2004**, Ar. 5222, 5573 y 5628– mantienen la doctrina de que los meros informes del Centro Superior de Inteligencia de la Defensa (de carácter reservado) no son suficientes para denegar la nacionalidad.

En fin, la **STS de 26 de julio de 2004**, Ar. 5545, ratifica la denegación de nacionalidad al considerar relevante una condena penal en Francia por colaborar en la entrada irregular de extranjeros en aquel país. Asimismo, la **STS de 27 de julio de 2004**, Ar. 5572, lo hace por la falta de acreditación de residencia legal continuada, al figurar en el pasaporte del solicitante múltiples estancias en el extranjero. También la **STS de 9 de septiembre de**

2004, Ar. 5547, ratifica la denegación por no acreditar el interesado la buena conducta cívica frente a los informes policiales que lo relacionan con un presunto delito de favorecimiento de la prostitución.

5. JUEGO

A) Utilización de bases de datos futbolísticos en apuestas

Tres **SSTJCE de 9 de noviembre de 2004, C-46/02, C-444/02 y C-338/02,** *as. Fixtures,* dan respuesta a las respectivas cuestiones prejudiciales planteadas por diversos tribunales de Finlandia, Suecia y Grecia, con la finalidad de interpretar varias disposiciones de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos. Dicha petición se presentó en el marco de varios litigios entre la sociedad *Fixtures* y organismos de apuestas de los países citados, debido al uso de información extraída de los calendarios de los campeonatos de fútbol inglés y escocés, que explota por delegación fuera del Reino Unido la citada sociedad.

Al respecto el Tribunal de Justicia determina que el concepto de base de datos en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, se refiere a toda recopilación que incluya obras, datos u otros elementos, separables unos de otros sin que el valor de su contenido resulte afectado, y que esté dotada de un método o sistema, sea de la naturaleza que sea, que permita localizar cada uno de sus elementos. Al efecto un calendario de partidos de fútbol como el controvertido en los litigios mencionados constituye una base de datos en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 96/9.

Sin embargo, la búsqueda y recopilación de los datos constitutivos del calendario de los partidos de fútbol no requiere ningún esfuerzo especial por parte de las ligas profesionales. En efecto, las ligas profesionales se encuentran indisociablemente unidas a la creación de los referidos datos, creación en la que intervienen en cuanto responsables de la organización de los campeonatos de fútbol. La obtención del contenido de un calendario de partidos de fútbol no requiere, pues, ninguna inversión autónoma en relación con la inversión que exige la creación de los datos contenidos en dicho calendario. Las ligas profesionales no se ven obligadas a dedicar ningún esfuerzo específico a comprobar la exactitud de los datos relativos a los partidos de los campeonatos a la hora de confeccionar el calendario, puesto que tales ligas intervienen directamente en la creación de los referidos datos. En cuanto a la verificación de la exactitud del contenido de los calendarios de los partidos, tal verificación consiste, según se desprende de las observaciones de *Fixtures,* en adaptar algunos datos de esos calendarios en función del eventual aplazamiento de algún partido o de alguna jornada del campeonato, aplazamiento que deciden las propias ligas profesionales o en el que intervienen dando su acuerdo. Por consiguiente, no puede considerarse que tal verificación suponga una inversión sustancial.

En resumen, el Tribunal de Justicia concluye que el concepto de inversión destinada a la obtención del contenido de una base de datos, a efectos del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9, debe entenderse en el sentido de que designa los recursos dedicados a la búsqueda de datos ya existentes y a su recopilación en dicha base. No incluye los recursos utilizados para la creación de los datos constitutivos del contenido de la base de datos. Por lo tanto, en el contexto de la elaboración de un calendario de partidos con vistas a la organización de campeonatos de fútbol, el mencionado concepto no incluye los recursos dedicados a determinar las fechas, los horarios y las parejas de equipos correspondientes a los diferentes encuentros de los referidos campeonatos.

6. ORDEN PÚBLICO

A) ¿Posible internamiento con objeto de expulsar al nacional comunitario que no presenta un documento de identidad o pasaporte válido para acreditar su nacionalidad?

La **STJCE de 17 de febrero de 2005, C-215/03, as. Salah Oulane,** resuelve una cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 4, apartado 2, párrafo tercero, de la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la 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. Al efecto determina que debe interpretarse en el sentido de que 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.

Además, declara que el artículo 49 CE 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.

Asimismo, como sucede en el supuesto examinado, 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, cuando no exista una amenaza para el orden público, constituye un obstáculo injustificado a la libre prestación de servicios y, por lo tanto, vulnera el artículo 49 CE. En tal sentido, corresponde 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. Y sólo a falta de tales pruebas, el Estado miembro de acogida puede adoptar una medida de expulsión respetando los límites impuestos por el Derecho comunitario.

7. SANIDAD

A) Legalidad del Reglamento vasco sobre valoración, conservación y expurgo de historias clínicas hospitalarias

La **STS de 21 de junio de 2004**, Ar. 4900, desestima definitivamente la impugnación del Decreto del Gobierno Vasco 45/1998, de 17 de marzo, por el que se establece el contenido y se regula la valoración, conservación y expurgo de los documentos del registro de actividades clínicas de los servicios de urgencia de los hospitales y de las historias clínicas hospitalarias, interpuesto por el Colegio Oficial de Médicos de Vizcaya. Esta Sentencia contiene, en primer lugar, un pronunciamiento de tipo procesal de cierta relevancia: el Colegio de Médicos carece de legitimación para la defensa del derecho a la tutela judicial de los pacientes, pues éste es de titularidad ajena y el Colegio de Médicos no tiene atribuida legalmente la defensa de los usuarios del Sistema de Salud.

En segundo lugar, frente a la hipotética ilegalidad del Decreto por no incluir en la composición de la comisión allí prevista a una representación de la organización médica colegial, el Tribunal Supremo recuerda su doctrina (SSTS de 16 de enero y 14 de diciembre de 1998, Ar. 566 y 154 de 1999) sobre la posibilidad de nulidad por omisión de una norma reglamentaria –que sólo se admite en uno de estos dos casos: a) cuando la ausencia de reglamento suponga no el incumplimiento de una mera habilitación, sino de una obligación expresamente establecida por la Ley que se ha de desarrollar o ejecutar; y b) cuando la omisión reglamentaria determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico–, para negar que en el caso concreto se produjese ninguna de las dos circunstancias, desestimando en consecuencia el recurso de casación.

Iñaki Agirreazkuenaga
Edorta Cobreros

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

Sumario:

Introduccion. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Jurisdicción. a) Corresponde a la Jurisdicción Contencioso-administrativa conocer de los recursos sobre dominio y obras públicas. b) Corresponde a la Jurisdicción Social el conocimiento de los expedientes de regulación de empleo. B) Competencia. a) Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo: les corresponde conocer de los recursos contra los actos dictados por Secretarios de Estado en cuestiones de personal. b) Tribunales Superiores de Justicia: conocen de los recursos deducidos contra reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios al INSALUD. C) Sujetos: Legitimación. a) Carece de legitimación una Asociación Judicial respecto del reingreso en la carrera judicial. b) La entidad concesionaria de un servicio público de telecomunicaciones por cable está legitimada en un pleito sobre una demarcación territorial vecina. c) Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación están legitimadas para impugnar resoluciones referentes al censo de electores. d) La falta de acreditación de haberse adoptado acuerdo por el órgano competente para la interposición del recurso contencioso-administrativo implica la inadmisión del recurso. D) Objeto. a) La denegación de revisión del contenido de un informe pone fin al procedimiento administrativo. b) La disminución de la pretensión no constituye una desviación procesal, sino una delimitación del objeto. c) Es inimpugnable el Acuerdo de la Junta Electoral Central que desestima una reclamación sobre determinación del número de electores. E) Procedimiento. a) El plazo de interposición no se altera por la formulación de un recurso inexistente. b) Prueba. a') Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prueba. b') No se produce indefensión por no practicar diligencias para mejor proveer. c') Debe prevalecer el informe pericial emitido conforme al artículo 610 y siguientes LECIV. F) Sentencias: criterios de indemnización por imposibilidad de ejecución en materia de licencias de obras. G) Medidas Cautelares. a) Criterios para su adopción. b) La caución procede en el caso de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad. H) Extensión de efectos de sentencia: no se produce la identidad de supues-

tos en el caso de que el solicitante no hiciese petición alguna. **2. Recurso de casación.** A) Inadmisión. a) No son recurribles los Autos sobre medidas cautelares una vez dictada sentencia en el procedimiento principal. b) La falta del juicio de relevancia respecto a la infracción de Derecho Estatal no es subsanable. B) Objeto: contra los autos dictados en ejecución de sentencia no se puede invocar la legalidad preexistente desconocida por la sala sentenciadora. **3. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Naturaleza Jurídica. B) El requisito previsto en el artículo 97.2 LJCA es subsanable.

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos hasta el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi número 25 de 2004, entre los que merecen ser destacados los relativos a la legitimación en el procedimiento contencioso-administrativo y al procedimiento de extensión de efectos de la sentencia.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Jurisdicción

a) Corresponde a la Jurisdicción Contencioso-administrativa conocer de los recursos sobre dominio y obras públicas

Con independencia de la repercusión –con aceptación o rechazo–, social o política, que la reinstauración de la actividad taurina suponga en una la ciudad, la actividad discrecional municipal se ciñe a cumplir su deber de controlar la decisión administrativa impugnada, que según la **STS de 31 de marzo de 2004,** Ar. 5437, hay que situar en el ámbito reglado del planeamiento y la gestión urbanística, único aspecto sobre el que corresponde pronunciarse y tal proceder constituye el cometido propio que a la jurisdicción del orden contencioso-administrativo atribuye tanto el artículo 1 de la vigente Ley Jurisdiccional, como el artículo 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con apoyo en el artículo 106 del texto constitucional.

b) Corresponde a la Jurisdicción Social el conocimiento de los expedientes de regulación de empleo

La cuestión esencial planteada en la **STS de 24 de junio de 2004,** Ar. 5796, radica en la discusión de si es admisible someter a expediente de regulación de empleo a un trabajador en situación de readmitido en la empresa por resolución no firme

Los expedientes de regulación de empleo constituyen un mecanismo de control, por parte de la Administración, en el que se trata de elucidar si concurre o no una causa legal que autorice el despido colectivo, siempre que la autorización administrativa se limite a homologar la decisión del empresario de extinguir los contratos respectivos sin incorporar a dicha autorización la relación individualizada de los afectados, y aunque forma parte de la competencia atribuida a la jurisdicción contenciosa el entrar a conocer de la procedencia de excluir del expediente de regulación a aquellos trabajadores cuyo despido se hubiese autorizado "nominatim", esa competencia únicamente le viene atribuida si se acredita el incumplimiento de las condiciones estipuladas en el convenio homologado, y no por virtud de cuestiones relativas a la cuantía de la indemnización a percibir o al cumplimiento de pactos particulares entre la empresa y sus empleados, que son propias de la Jurisdicción Social.

B) Competencia

a) Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo: les corresponde conocer de los recursos contra los actos dictados por Secretarios de Estado en cuestiones de personal

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, la **STS de 20 de septiembre de 2004,** Ar. 5658, reitera que, en materia de personal no incluida en las excepciones referidas, 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).

b) Tribunales Superiores de Justicia: conocen de los recursos deducidos contra reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios al INSALUD

Del artículo 20 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, reguladora del proceso autonómico, del 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, y de los artículos 42 y 43 de la LRJAP y PAC, la **STS de 21 de septiembre de 2004,** Ar. 5660, 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 12/83– 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–. En base a ello, resuelve la presente cuestión de competencia 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) Carece de legitimación una Asociación Judicial respecto del reingreso en la carrera judicial

Una consolidada jurisprudencia, cuando ha abordado la cuestión de la legitimación por titularidad de un derecho o interés que resulta necesaria para iniciar procesos contencioso-administrativos, ha proclamado el criterio de que la apreciación de dicho presupuesto procesal exige la constatación de que el eventual resultado procesal se traducirá en un efecto positivo en la esfera jurídica del recurrente, o en la eliminación de una carga o gravamen en dicha esfera. La clave de si existe o no interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución del CGPJ sobre los derechos, obligaciones o situaciones estatutarias que corresponden a un Juez o Magistrado, debe situarse en el dato de si el éxito de la pretensión de nulidad planteada frente a esa resolución puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del accionante o eliminar una carga o gravamen en esa misma esfera.

Según la **STS de 14 de septiembre de 2004,** Ar. 5741, dado que el Acuerdo objeto de impugnación decidió el reintegro en la carrera judicial de la persona que antes se ha mencionado, el éxito de esa petición no produciría en principio ningún efecto favorable en la esfera jurídica de la parte actora, pues la eventual nulidad de ese acto del CGPJ, por sí sola, no le originaría ventaja alguna, ni le eliminaría ninguna carga o inconveniente.

b) La entidad concesionaria de un servicio público de telecomunicaciones por cable está legitimada en un pleito sobre una demarcación territorial vecina

Para la **STS de 5 de octubre de 2004,** Ar. 5708, es indudable la legitimación de la entidad recurrente en el recurso contencioso-administrativo. El hecho de ser la recurrente titular de una concesión en la demarcación territorial vecina a aquella cuya ampliación se efectúa por la Orden impugnada, existiendo incluso algunos municipios más cercanos a ella que a la favorecida por la ampliación, permite atribuirle el interés legitimador a que se refiere la LJCA, pues no cabe duda que la nulidad de la Orden, si su pretensión prosperara, podría determinar el que la ampliación se realice mediante la agregación en todo o en parte al territorio en que él presta el servicio.

c) Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación están legitimadas para impugnar resoluciones referentes al censo de electores

Según la **STS de 6 de octubre de 2004,** Ar. 5711, las Corporaciones de Derecho Público integran lo que tradicionalmente se ha llamado Administración Corporativa. Tras definir

su naturaleza jurídica, señala que en ciertas materias, como es la determinación de quienes son electores, entendida esta expresión en el significado de pertenecientes a dichas organizaciones y, en consecuencia, con repercusiones en el ámbito y determinación del recurso cameral permanente, artículo 11 de la Ley 3/1993, no cabe negar un interés legítimo en que puedan impugnar aquellos actos de la Administración tutelante en esa materia concreta, en cuanto afecta al propio haz de atribuciones específicas determinadas en la Ley y para la defensa de sus intereses propios y el cumplimiento de ciertas funciones que legalmente tiene encomendadas. Pues en ese específico caso hay que entenderlas desvinculadas de la propia Administración tutelante, en defensa del ejercicio de esas funciones, sin que la expresión 'resolución de recursos' del artículo 22 de aquella Ley, pueda entenderse como un obstáculo a la interposición del recurso contencioso-administrativo, aun contra la propia Administración tutelante.

d) La falta de acreditación de haberse adoptado acuerdo por el órgano competente para la interposición del recurso contencioso-administrativo implica la inadmisión del recurso

En la **STS de 15 de junio de 2004,** Ar. 5845, no se ha acreditado en litis que la entidad demandante haya adoptado el correspondiente acuerdo para interponer –como ordena el artículo 45.2.d) LJCA– el recurso contencioso-administrativo, a pesar de que según sus Estatutos este requisito era necesario, por corresponder a la Asamblea general, máximo órgano de representación y de participación de los miembros de la OID, la conformación de la voluntad de recurrir. El incumplimiento de este requisito acarrea la estimación de la causa de inadmisibilidad invocada.

D) Objeto

a) La denegación de revisión del contenido de un informe pone fin al procedimiento administrativo

La inadmisión de una solicitud de iniciación de procedimiento de anulación del informe emitido por un Jefe de Sección de Disciplina e Informes es, para la **STS de 6 de abril de 2004,** Ar. 5296, un acto definitivo que, además, ha agotado la vía administrativa y ello porque al resolver el fondo de la pretensión deducida en el expediente, mediante la resolución del recurso ordinario formulado contra la inicial resolución del Director General (inadmitiendo la solicitud de revisión del informe), constituye la última voz de la Administración. Para obtener la misma, para agotar la vía administrativa, ha sido, pues, preciso la interposición del correspondiente recurso ordinario (hoy, de alzada). Al resolver este la Administración en forma expresa (mediante la Orden luego residenciada en vía jurisdiccional), el acto definitivo se convierte, además, en un acto de los que agotan la vía administrativa, siendo entonces –y sólo entonces– susceptible de revisión jurisdiccional, o, dicho de otra forma, susceptible de servir de fundamento para –respecto del mismo– poder ejercitar pretensiones en la vía jurisdiccional.

Dentro del ámbito de la "actuación administrativa" se incluyen también los denominados actos de trámite, siempre que reúnan determinadas condiciones, que son las que,

como novedad en el ámbito jurisdiccional, ahora se establecen en el inciso final del artículo 25.1 LJCA, al señalarse que los actos de trámite son susceptibles del recurso Contencioso-administrativo cuando decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. En este punto se detecta una de las oportunidades, a las que se refiere la Exposición de Motivos de la nueva Ley, "que fue adecuadamente aprovechada por una jurisprudencia innovadora, alentada por el espectacular desarrollo que ha experimentado la doctrina española del Derecho Administrativo", pues, entre otros aspectos, la reforma contenida en la LRJCA pretende, según la misma Exposición de Motivos señala, "completar la adecuación del régimen jurídico del recurso Contencioso-administrativo a los valores y principios constitucionales, tomando en consideración las aportaciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo"; pues bien, la impugnabilidad de los denominados actos de trámite (cuyo ejemplo típico son los actos de iniciación de un procedimiento sancionador, o la emisión, dentro del mismo procedimiento, de un informe) había sido, de forma reiterada, aceptada por las citadas jurisprudencias cuando impedían continuar el procedimiento o producían indefensión, con base a la configuración constitucional de la interdicción de la indefensión en su artículo 24.1.

En la misma línea el artículo 107.1 LRJPA ya se había ocupado de este tipo de actos al objeto de concretar su impugnabilidad –administrativa– a través de los recursos administrativos, pero limitando la misma a los "actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión". Por ello el legislador ha ampliado para el ámbito jurisdiccional las condiciones de impugnación de los actos de trámite, añadiendo a las condiciones previstas para la vía administrativa las de que "decidan directa o indirectamente el fondo del asunto" –ya implícita en la jurisprudencia de referencia–, y la de que los actos de trámite que producen "perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos", que constituye la auténtica novedad del artículo 25.1 LRJCA. Esta expresión es introducida en el nuevo artículo 107 LRJPA, según la redacción dada por la citada Ley 4/1999, de 13 de enero.

b) La disminución de la pretensión no constituye una desviación procesal, sino una delimitación del objeto

El recurso contencioso-administrativo resuelto por la **STS de 8 de junio de 2004,** Ar. 5519, se dedujo inicialmente contra el acuerdo plenario municipal por el que se aprobaron definitivamente los Estatutos y Bases de Actuación de la Junta de Compensación de la Unidad de Ejecución del Plan Parcial, y después se amplió a otros acuerdos. El planteamiento de los demandantes en la vía previa fue el haberse desconocido su titularidad sobre determinadas fincas aportadas al proyecto de reparcelación, advirtiendo después que tales fincas eran objeto de un juicio declarativo ante la jurisdicción civil para determinación de su titularidad dominical, por lo que así lo expresaron en su escrito de demanda para terminar concretando en el de conclusiones cuál era, en definitiva, la finca aportada

a dicho proyecto por la promotora del expediente de reparcelación que debía calificarse de titularidad litigiosa. Tal concreción, como señala la referida sentencia, no constituye desviación procesal, sino la delimitación última del objeto del pleito a la vista de las pruebas practicadas, razón por la que no cabe tachar esa disminución de la pretensión como una desviación procesal, ya que el acto administrativo impugnado es el mismo.

c) Es inimpugnable el Acuerdo de la Junta Electoral Central que desestima una reclamación sobre determinación del número de electores

Los actos que se pretenden impugnar en el procedimiento resuelto por la **STS de 20 de julio de 2004** (Ar. 5256) están insertos, forman parte de un proceso electoral que, de acuerdo con la regulación que al respecto hace la Ley Orgánica sobre el Régimen Electoral, Ley 3/1995, se trata de un proceso especial que tiene sus propias y específicas garantías, y que siendo un todo, está integrado por una serie de actos, cada uno de los cuales trae causa del anterior y es presupuesto del siguiente, tendiendo todos a posibilitar que la elección se celebre en un día determinado y que por esa su naturaleza y finalidad no admite ni más dilaciones, ni otras garantías que las que cada acto concreto expresamente tiene, y por todo ello no se puede aceptar, cuando menos en principio, que tras el proceso electoral, una vez que éste ha terminado y al margen del mismo, se pretenda alterar uno de los actos que iniciaron el proceso electoral, ni menos, cuando como se ha visto, ese acto no fue impugnado y además fue en buena medida consentido, cuando se participó en la elección aceptando los concejales que se habían asignado.

E) Procedimiento

a) El plazo de interposición no se altera por la formulación de un recurso inexistente

Al caber sólo el recurso contencioso-administrativo ante la Sala competente de este Orden Jurisdiccional, la **STS de 29 de junio de 2004** (Ar. 5219) ha señalado que la formulación de un recurso inexistente, como el de reposición, no puede alterar los plazos señalados.

b) Prueba

a') Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prueba

El Tribunal Constitucional viene reiterando una consolidada doctrina sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), que la **STS de 29 de junio de 2004,** Ar. 5801, sintetiza en sus líneas principales de la siguiente manera.

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. 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, siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordena-

miento. 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. 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". A tal efecto, se señala 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 el TC 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. 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; 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 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.

b') No se produce indefensión por no practicar diligencias para mejor proveer

La STS de 24 de junio de 2004, Ar. 5860, desestima el recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio porque, aparte de que la Sala intentó practicar la prueba, siendo fallido el resultado de este intento por razones imputables al testigo, que no compareció, tampoco puede achacársele a aquella que no lo hubiera intentado de nuevo mediante una diligencia para mejor proveer, habida cuenta de que al tiempo en que la decisión sobre esta podía ser tomada, la Sala ya había llegado a la conclusión de que de dicha prueba no hubiera podido deducirse en ningún caso la existencia de la relación de causalidad pretendida por la parte, lo que excluye la idea de indefensión, que a su vez es condicionante de la prosperibilidad del motivo que se acoge al artículo 88.1.c), cuando lo que se denuncia es la vulneración de las garantías procesales.

c') Debe prevalecer el informe pericial emitido conforme al artículo 610 y siguientes LECiv

Como ha señalado la **STS de 25 de julio de 2003,** Ar. 5515, ha sido postura constante de la jurisprudencia que en la apreciación de la prueba pericial o informes técnicos han de gozar de preferentes garantías en la estimación de los mismos, los emitidos por los técni-

cos municipales y por los dictámenes periciales emitidos con las garantías de los artículos 610 y siguientes de la L.E.C. de 1881, vigente al dictarse la sentencia recurrida, dadas las condiciones de objetividad e imparcialidad de que gozan tales informes o dictámenes, condiciones que aún concurren con mayor relevancia en los dictámenes periciales emitidos en los autos en la práctica de la prueba pericial, sobre todo cuando de las actuaciones puede derivarse alguna responsabilidad patrimonial imputable a la Administración.

F) Sentencias: criterios de indemnización por imposibilidad de ejecución en materia de licencias de obras

La **STS de 12 de febrero de 2004,** Ar. 5183, integra la indemnización sustitutoria con dos componentes: De una parte, mediante la valoración material de los perjuicios que se concreta en el menor valor de las viviendas como consecuencia de la situación en que las mismas han quedado tras la construcción de los edificios cuyas licencias han sido anuladas. De otra parte, la valoración de los daños morales sufridos por las condiciones de vida que se les ha impuesto como consecuencia de la disminución de los patios. Es evidente que tal declaración cuenta con un componente subjetivo fundamental, que sin duda se especificará en función del tiempo y el espacio, esto es, en función del tiempo en que se haya tenido que soportar –y, posiblemente, se tenga que seguir soportando– la situación determinada por las condiciones de habitabilidad en que han quedado las viviendas, y contemplando, por otra parte, la particular y peculiar situación de cada una de ellas.

G) Medidas Cautelares

a) Criterios para su adopción

El **ATS de 7 de julio de 2004,** Ar. 5109, destaca en la finalidad de la medida cautelar, únicamente el aseguramiento de la efectividad de la sentencia o del resultado del proceso cuando sea necesario, y la trascendencia de la ponderación de todos los intereses en conflicto, generales o de terceros, cuya frecuente tensión, por hallarse habitualmente enfrentados, entre otros, los de efectividad de la decisión judicial y los de eficacia administrativa (arts. 24,1 y 103,1 de la Constitución), ha de solucionarse a base de ponderar, casuísticamente, su preeminencia o prevalencia, en vista de la dificultad de fijar reglas generales, habida cuenta también del criterio que resultaba de la Exposición de Motivos de la anterior LRJCA, a cuyo tenor, al juzgar sobre la procedencia de la suspensión a que se refería, habría de considerarse, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego, lo que imponía examinar el "grado" de dicho interés público, para adoptar la pertinente resolución sobre la suspensión de la ejecución, aunque sín poder prejuzgar la cuestión de fondo, al no ser el incidente de suspensión cauce procesal idóneo para decidir sobre la que es objeto del litigio.

Aquellas resoluciones y otras de igual sentido de generalidad han venido a precisar, también, que la decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios, por parte del Tribunal, que requiere la necesidad de justificación y prueba de aquellas circunstancias que pueden permitir efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar, correspondiendo al interesado la carga de

probar qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, así como la imposibilidad de prejuzgar sobre el fondo del asunto, que corresponde resolver en el proceso principal, no en el incidente cautelar que entraña un juicio de cognición limitado sobre la suspensión, destacándose también, en cuanto al *periculum in mora* sobre que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, que tiene aplicación cuando se advierta de modo inmediato que, con la ejecución, pueda producirse una situación que haga ineficaz el proceso, si bien la medida cautelar puede denegarse cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada (arts. 129 y 130 de la Ley 29/98).

También se ha tomado en cuenta que el criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, de modo que, según reiterada doctrina de esta Sala, al juzgar sobre la procedencia de la suspensión se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión según el grado en que el interés público esté en juego, por lo que, en la pieza de medidas cautelares, han de tomarse en consideración las circunstancias de cada caso, y los intereses en juego –públicos y particulares–, de modo que cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión, mientras que, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto o de la norma.

En cuanto a la apariencia de buen derecho, la jurisprudencia sólo ha venido a utilizarla en determinados supuestos, de nulidad de pleno derecho, si es manifiesta, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto, y de existencia de un criterio jurisprudencial reiterado frente al que la Administración opone una cierta resistencia, en cuanto que lo manifiesto es lo ostensible, indiscutible, y fácilmente apreciable a simple vista, pero no la aplica cuando se invoca la nulidad de un acto o disposición que ha de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, puesto que lo contrario supondría prejuzgar la cuestión de fondo –por primera vez– sin atenderse al derecho al proceso y a las garantías de contradicción y prueba que corresponde a todas las partes intervinientes en el proceso, al no ser el incidente de suspensión, según se viene explicando, cauce idóneo para resolver sobre la cuestión de fondo del debate que, necesariamente, ha de abordarse y resolverse en sentencia.

También es doctrina constante que cuando se impugnan Disposiciones Generales, es prioritario el examen de la medida en que el interés público, implícito en la naturaleza de la Disposición General, exija la ejecución, salvo evidencia de perjuicios irreversibles, porque en tal caso, contiene la disposición general una ordenación de amplio alcance y lo "normal" sería que no se accediera a la suspensión dejando sin efecto, temporalmente, aquella Disposición General impugnada, puesto que ello sí constituiría un grave perjuicio al interés público cuando el daño derivaría más de los actos de ejecución que de la propia Disposición General.

b) La caución procede en el caso de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad

La cuantía de la fianza exigida a quien ha solicitado la adopción de una medida cautelar, como medio para garantizar la reparación de los perjuicios que podrían producirse si finalmente el recurso fuera desestimado, responde a una apreciación de las circunstancias de hecho que ha de llevarse a cabo en atención a todos los elementos obrantes en el proceso, que, como todos los casos en que se trata de valoración de la prueba, sólo puede ser controlada en un recurso de casación con carácter excepcional, cuando se acredite que esa valoración es claramente arbitraria o ajena a elementales criterios de lógica. No es esto lo que sucede en el caso enjuiciado por la **STS de 2 de marzo de 2004,** Ar. 2020. La Sala de instancia ha tenido que decidir en función de los datos suministrados por las distintas partes del proceso y ha resultado relevante que la parte recurrente haya hecho dejación de la carga que le incumbía de suministrar a la Sala algún criterio en la materia, al solicitar que se acordase la medida sin exigencia de fianza alguna, bajo la insostenible afirmación de que la anotación preventiva del recurso en las fincas incluidas en el ámbito de la unidad de ejecución no causaría perjuicio alguno a sus titulares, afirmación contundentemente rebatida por el Tribunal *a quo*.

H) Extensión de efectos de sentencia: no se produce la identidad de supuestos en el caso de que el solicitante no hiciese petición alguna

La **STS de 21 de septiembre de 2004,** Ar. 6519, nos recuerda una reciente jurisprudencia que ha abordado y resuelto cuestiones referentes a la extensión de efectos de la sentencia, en el sentido, siempre, de dar lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra Autos en que se accedía a la solicitud de extensión de efectos de dicha sentencia, y de denegar la extensión de efectos pretendida, por entender que no concurría la imprescindible identidad de situaciones entre el funcionario favorecido por aquella sentencia y el que ahora solicita a su favor la extensión de efectos, toda vez que mientras aquél, al ser denegada la petición de disfrute de las vacaciones de 1994 interpuso recurso contencioso-administrativo que culminó con la sentencia estimatoria de referencia, el ahora solicitante, por lo que consta, ni hizo petición alguna al respecto, ni comunicó a la Administración, dentro del año 1994, las fechas en que deseaba hacer uso de su derecho a las vacaciones anuales, por lo que falta esa necesaria identidad de situaciones jurídicas que exige el art. 110.1.a) LJCA, que no se refiere a semejanza, similitud o analogía, sino a "identidad", que ha de entenderse que sólo concurre cuando sean las mismas las circunstancias de hecho y las pretensiones jurídicas que sobre ellas se fundamentan, en un caso y en el otro.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Inadmisión

a) No son recurribles los Autos sobre medidas cautelares una vez dictada sentencia en el procedimiento principal

No puede discutirse en vía cautelar la procedencia o improcedencia de la suspensión cuando ha recaído sentencia resolviendo sobre el fondo en el recurso principal, porque

las cuestiones atinentes a la ejecución del acto o disposición impugnado deben resolverse de conformidad a lo ordenado en el fallo; ya que, conforme al artículo 91.1 LJCA, la preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución provisional de la resolución recurrida, que podrá ser instada por las partes favorecidas por la sentencia.

Este es el criterio mantenido por la jurisprudencia según se advierte, entre otras, en la **STS de 5 de octubre de 2004,** Ar. 6541, al declarar que en los supuestos en que se haya dictado sentencia, aunque esta no sea firme por haberse recurrido en casación, al ser susceptible de ejecución conforme al precepto indicado, carece de significado la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, ya que no se está ante la ejecutividad de éste sino ante la ejecución de una sentencia recurrible en casación, de manera que una vez pronunciada sentencia por la Sala de instancia, huelga cualquier consideración o resolución sobre la suspensión o no de la ejecución del acto, pues únicamente cabe solicitar la ejecución de la sentencia firme o, si ésta no lo fuese por haberse preparado recurso de casación, pedir al Tribunal de instancia que acuerde su ejecución provisional o anticipada.

b) La falta del juicio de relevancia respecto a la infracción de Derecho Estatal no es subsanable

El **ATS de 3 de junio de 2004,** Ar. 6485, nos recuerda una reiterada doctrina según la cual el artículo 86.4 LJCA condiciona la recurribilidad de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia –que sean susceptibles de casación– a que el recurso, es decir, el escrito de interposición del mismo, pretenda fundarse en infracción de normas de Derecho estatal (o comunitario europeo) que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siendo este condicionamiento, en cuanto afecta a la impugnabilidad de la sentencia, el que determina que en el artículo 89.2 se exija al recurrente justificar en el trámite inicial del procedimiento impugnatorio –en el escrito de preparación del recurso– que la infracción de las normas jurídicas hábiles, que en su día hará valer como fundamento del recurso de casación, ha sido relevante y determinante de la sentencia. En otras palabras, el juicio de relevancia tiene su sede propia en el escrito de preparación del recurso, cumpliendo la función de acotar las infracciones normativas que habrán de servir para articular los motivos de casación, a lo que debe añadirse que la inobservancia del artículo 89.2 afecta a la sustancia misma del escrito de preparación –no se trata de un defecto formal–, razón por la que no puede subsanarse en actuaciones posteriores sin desnaturalizar su significado, ni puede, en consecuencia, remitirse el juicio de relevancia al posterior escrito de interposición del recurso.

B) Objeto: contra los autos dictados en ejecución de sentencia no se puede invocar la legalidad preexistente desconocida por la sala sentenciadora

La **STS de 4 de mayo de 2004,** Ar. 5298, resuelve un supuesto de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia, no por legalidad sobrevenida, sino por todo lo contrario, por legalidad preexistente que, por no haber sido oportunamente alegada, resultó descono-

cida para la Sala, lo que permitió que llegara a dictarse, por error, sentencia anulatoria de una licencia perfectamente válida. Señala que no debe ser dudoso que un recurso de casación ordinario, sustentado en un planteamiento como ese, es, de raíz, inadmisible, pues olvida, en suma, el valor del instituto de la cosa juzgada. Baste recordar ahora que el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias comprende, entre otras y como parte integrante de su contenido, la llamada garantía de la inmodificabilidad del fallo

3. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Naturaleza Jurídica

La **STS de 30 de septiembre de 2004,** Ar. 6534, recuerda una consolidada línea jurisprudencial que tiene declarado que el recurso de casación para unificación de doctrina es excepcional y subsidiario respecto del de casación propiamente dicho, pues aun cuando, con arreglo a lo establecido en el art. 96.3, en relación con el 86.2.b) LJCA, no es posible la impugnación de las sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia o por la Audiencia Nacional por insuficiencia de cuantía, se abre la posibilidad de que dichas sentencias puedan ser recurridas, pero sólo con la finalidad primordial de unificar criterios y declarar la doctrina procedente en Derecho ante la existencia de fallos contradictorios.

Se trata, con este medio de impugnación, de potenciar la seguridad jurídica a través de la unificación de los criterios interpretativos y aplicativos del ordenamiento, pero no en cualquier circunstancia, conforme ocurre con la modalidad general de la casación –siempre que se den, desde luego, los requisitos de su procedencia–, sino "sólo" cuando la inseguridad derive de las propias contradicciones en que, en presencia de litigantes en la misma situación procesal y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, hubieran incurrido las resoluciones judiciales específicamente enfrentadas.

De ahí el protagonismo que en este cauce impugnativo excepcional asume la contradicción de las sentencias, incluso sobre la propia ilegalidad de la que hubiere sido objeto de impugnación, y de ahí, también, que el art. 97.1 y 2 LJCA exija que el escrito de preparación deba contener, al lado de la fundamentación de la infracción legal que se impute a la sentencia impugnada, "relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada", es decir, precisa en el lenguaje y circunstanciada en su objeto y contenido, con clara alusión, por tanto, a las identidades subjetiva, objetiva y causal determinantes del juicio de contradicción. Porque sólo así, esto es, sólo en el caso de que la sentencia o sentencias alegadas –no otras– como incompatibles sean "realmente" contradictorias con la recurrida, podrá el Tribunal Supremo declarar la doctrina correcta y, cuando preciso sea y por exigencias de tal declaración, casar la sentencia de que se trate. No es, pues, esta modalidad casacional una forma de eludir la inimpugnabilidad de sentencias que, aun pudiéndose estimar contrarias a Derecho, no alcancen los límites legalmente establecidos para el acceso al recurso de casación general u ordinario, ni, por ende, una última oportunidad de revisar jurisdiccionalmente sentencias eventualmente no ajustadas al ordenamiento para hacer posible una nueva consideración del caso por ellas decidido.

Es, simplemente, un remedio extraordinario arbitrado por el legislador para anular, sentencias ilegales, pero sólo si estuvieran en contradicción con otras de Tribunales homólogos o con otras del Tribunal Supremo específicamente traídas al proceso como opuestas a la que se trate de recurrir, porque el juicio de contradicción, como ya se ha puesto repetidamente de relieve, ha de hacerse "únicamente" en presencia de las sentencias respecto de las que se alegue la contradicción y no de otras, por muy representativas que éstas puedan resultar, incluso, de líneas jurisprudenciales ya consolidadas. Por eso mismo, también, las antes referidas identidades han de resultar «sólo» de las situaciones contempladas por las sentencias aportadas como contradictorias y no de sentencias distintas y por eso mismo, igualmente, en el juicio de contradicción no caben intromisiones críticas ni adiciones en los hechos y fundamentos jurídicos de las sentencias confrontadas, pues deben compararse como en ellas vienen dados, del propio modo que debe efectuarse el obligado contraste tal y como vienen dados en dichas sentencias los litigantes y su respectiva situación y las pretensiones actuadas en los correspondientes procesos. Quiere decirse con esto que, para decidir acerca de la contradicción, habrá de partirse de los planteamientos hechos en las sentencias enfrentadas, y sólo una vez constatada la contradicción desde tal punto de partida y la ilegalidad de ese planteamiento hecho por la sentencia impugnada, podrá darse lugar al recurso, para decidir, entonces, el debate planteado con pronunciamientos adecuados a Derecho, esto es, la cuestión fallada en la instancia.

B) El requisito previsto en el artículo 97.2 LJCA es subsanable

Según la **STS de 5 de octubre de 2004,** Ar. 6547, a pesar del tenor literal de artículo 97.2 LJCA, no parece que la omisión de tal acompañamiento determine, inexorablemente, la imposibilidad de aportar, después de presentadas las copias simples, bien la justificación documental de la solicitud de las certificaciones o bien las certificaciones mismas, siempre que la contraparte haya tenido conocimiento del contenido de las sentencias contrapuestas (a través de sus copias simples) y, sin riesgo alguno de indefensión, haya podido formular, en el momento procesal oportuno, las alegaciones estimadas pertinentes (como en el presente caso de autos ha acontecido), abstracción hecha de que la justificación de la solicitud de las certificaciones se haya efectuado antes o al tiempo de la presentación del escrito de interposición del recurso casación o después, pues, a mayor abundamiento, la inviabilidad de la subsanación sólo parece darse cuando, según se infiere de los tres números del artículo 138 LJCA (cuyo criterio general es el de la subsanabilidad), conste expresamente el carácter de insubsanable del defecto cuestionado o, en su caso, no llegue a subsanarse debidamente dentro del plazo al efecto concedido (en cuanto el exceso de rigor interpretativo en este punto iría contra el principio *pro actione* y contra el antiformalismo generalizado defendido por la doctrina del Tribunal Constitucional).

Fernando J. Alcantarilla Hidalgo

Notas bibliográficas
(Libros y Revistas)

CARMEN **CHINCHILLA MARÍN** (coordinadora)

Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas

[Civitas, Madrid, 2004, 1063 páginas]

EVA Mª MENÉNDEZ SEBASTIAN

La profesora Carmen CHINCHILLA, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ex-Letrada del Tribunal Constitucional, y autora de numerosas obras de referencia en la doctrina (como *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988; *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 1989 segunda edición actualizada y ampliada, 1998; *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991; *Los bienes patrimoniales del Estado. Concepto y formas privilegiadas de adquisición*, Marcial Pons, 2001 o, el sugerente libro elaborado junto a las profesoras BLANCA LOZANO y SILVIA DEL SAZ: *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992) afronta ahora la siempre difícil tarea de coordinar una obra de gran magnitud, como la que nos presenta.

Como explica la propia profesora CHINCHILLA MARÍN en la introducción de este libro, en la tan ansiada y necesaria Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas "nada es completamente nuevo, pero todo lo que ha regulado ha sido, en mayor o menor medida, renovado". Esa renovación hace necesaria obras ambiciosas, como la que ahora nos ocupa, que analicen con detalle su contenido.

El análisis pormenorizado de la nueva Ley se lleva a cabo por los reconocidos especialistas que la citada autora ha tenido el acierto de reunir, y entre los que, a título ilustrativo, pueden señalarse Iñaqui Agirreazkuenaga Zigorraga, Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, Luciano Parejo Alfonso, Juan Alfonso Santamaría Pastor o Francisco Sosa Wagner y Mercedes Fuertes López, que en este último caso analizan magistralmente el importante tema de la regulación del patrimonio empresarial.

El resultado es, sin duda, una nueva obra de referencia en la materia que apuntar en el haber de Carmen CHINCHILLA.

TOMÁS **CANO CAMPOS**

La invalidez sobrevenida de los actos administrativos (Prólogo de Eduardo García de Enterría)

[Civitas, Madrid, 2004, 382 páginas]

EVA Mª MENÉNDEZ SEBASTIAN

Tomás CANO CAMPOS, Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense, autor conocido y celebrado por el público especializado (y no tan especializado) por sus obras de referencia en materia de régimen jurídico de tráfico y seguridad vial (valgan como muestra *El régimen jurídico administrativo del tráfico*, Civitas, Madrid, 1999; *El permiso de conducción en España*, Civitas, Madrid, 2002; o las catorce ediciones de su recopilación legislativa comentada *Legislación de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial*, publicadas por la Editorial Tecnos) y por sus aportaciones en otros ámbitos como el Derecho administrativo sancionador, o el

silencio administrativo, se adentra con esta obra nuevamente en un tema complejo, de calado doctrinal y de variada repercusión práctica, cual es la discutida institución de la invalidez sobrevenida de los actos administrativos.

El discurso de Tomás CANO –respaldado por un amplio aparato doctrinal y jurisprudencial, y tomando siempre como norte la mejor satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva–, pone de manifiesto toda una serie de supuestos en nuestro Derecho Administrativo que el profesor de la Universidad Complutense entiende que no encuentran una explicación dogmática satisfactoria si no se apela a la institución de la invalidez sobrevenida.

Se trata de supuestos como la reversión expropiatoria, la revocación de licencias municipales cuando se adoptaren nuevos criterios de apreciación, la "pérdida de efectos" de las licencias por incumplimiento de las condiciones a que estuvieran sometidas, la "revocación-sanción" (como sanción "accesoria" respecto de una multa, de muy frecuente uso en la legislación sectorial), el rescate del servicio público por parte de la Administración para gestionarlo directamente, o la revocación del permiso de circulación por desaparición de los requisitos exigidos para su otorgamiento, por poner sólo algunos de los ejemplos más ilustrativos sobre los que se proyecta el alcance práctico de la obra comentada.

Todo ello determina que la destacable construcción intelectual de Tomás CANO no se limite al campo dogmático. Como explica Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA en el *Prólogo* de esta obra, "no se trata sólo de un esfuerzo de reflexión teórica (…). El arduo y esforzado camino que el autor ha realizado con tanta consecuencia y con rigor nunca desmentido le lleva, finalmente, a un resultado de la mayor significación tanto teórica como sin duda, y especialmente, práctica".

En definitiva, estamos ante una sólida, interesante y valiente monografía, que enriquece el panorama doctrinal y el debate jurídico, y que ofrece a los profesionales del Derecho nuevo bagaje argumental para solucionar viejos y nuevos problemas.

ROBERTO O. **BUSTILLO BOLADO**

Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento, 2.ª edición

[Aranzadi, Pamplona, 2004]

EVA Mª MENÉNDEZ SEBASTIAN

Tras el éxito de la primera edición, la editorial Aranzadi lanza al mercado una segunda, actualizada y ampliada, de esta monografía dedicada al estudio de aquellos ámbitos de actuación en los que las Administraciones Públicas pueden relacionarse con los ciudadanos por medio de mecanismos consensuados, pactados, no impuestos unilateralmente. Tal y como se refleja en el título, se presta especial atención a las fórmulas convencionales de solución de conflictos entre administraciones Públicas y ciudadanos.

En esta segunda edición, Roberto Bustillo añade el estudio de nuevos temas (entre otros, los acuerdos y pactos en materia de función pública, y algunas cuestiones en relación con las concesiones de dominio público). Igualmente se analizan las numerosas leyes que en los últimos años (muy especialmente en los últimos meses de la anterior legislatura) han incidido de forma muy relevante en las materias objeto de estudio (entre otras, las Leyes 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje; 58/2003,de 17 de diciembre, General Tributaria; 38/2003, de 17 de noviembre, de subvenciones; 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones Públicas; o 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

ROBERTO O. **BUSTILLO BOLADO**

La aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Contencioso-administrativo (Prólogo de Manuel Campos Sánchez)

[Aranzadi, Pamplona, 2005]

EVA Mª MENÉNDEZ SEBASTIAN

Obras de éxito en la Editorial Aranzadi (*Los convenios urbanísticos entre las Administraciones Locales y los particulares* –1ª ed. en 1996, 2ª en 1997 y 3ª en 2001– y *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento* –1ª ed. en 2001 y 2.ª en 2004–) avalan la calidad y el interés de los estudios jurídicos de Roberto BUSTILLO, Profesor Titular de la Universidad de Vigo.

En el que ahora nos ocupa, el autor une su trayectoria profesional como profesor de Derecho Administrativo con sus años de experiencia judicial en Juzgados de lo Contencioso-administrativo. Desde esta doble perspectiva teórica y práctica, el nuevo profesor titular de la Universidad de Vigo aborda un tema multidisciplinar de gran trascendencia práctica, cual es la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procedimientos contencioso-administrativos.

La monografía comentada estudia en primer lugar cómo deben abordarse con carácter general los problemas y dificultades que genera la interconexión entre la LJCA de 1998 y la LECiv de 2000. El libro concluye con una segunda parte dedicada al estudio específico de los concretos temas donde la LJCA se remite al texto procesal civil (capacidad, fijación de la cuantía, presentación de escritos tras la demanda y contestación, prueba, cuestiones incidentales, recursos de queja y revisión y costas procesales).

Un libro, sin duda, de gran utilidad para todos los juristas que desde el plano teórico o práctico se interesen por el contencioso-administrativo.

N O T A S

N O T A S

N O T A S

N O T A S