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 26** ENERO 2005

Sumario:

DOCTRINA:

[5] **La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de "responsabilidad de Derecho público" que introduce la Directiva 2004/35/CE**
BLANCA LOZANO CUTANDA

[35] **Problemas actuales de la Justicia Administrativa**
DIEGO MARÍN-BARNUEVO FABO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[329] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de "responsabilidad de Derecho público" que introduce la Directiva 2004/35/CE(*)

BLANCA LOZANO CUTANDA

Profesora Titular de Derecho Administrativo
UNED

Sumario:

I. Introducción. II. Responsabilidad civil por daños ambientales derivada de la comisión de delitos o infracciones administrativas. III. Responsabilidad extracontractual por daños al medio ambiente. Los dos modelos existentes (responsabilidad subjetiva y objetiva) y la posibilidad de complementarlos con la creación de fondos de compensación. IV. El sistema español actual para la exigencia de responsabilidad extracontractual por daños ambientales. La tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad por daños fundada en la "doctrina del riesgo". A) La responsabilidad por daños ambientales causados por los particulares. B) La responsabilidad de la Administración por daños ambientales. **V. Las deficiencias del sistema español de responsabilidad extracontractual para la reparación o resarcimiento de los daños ambientales. VI. Un nuevo régimen comunitario de responsabilidad por daños al medio ambiente: la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de los daños ambientales.** A) Ámbito de aplicación. B) Se trata de un sistema con el que se trata no sólo de reparar sino también de prevenir los daños ambientales. C) La Directiva introduce un nuevo sistema de "responsabilidad de derecho público" por daños al medio ambiente. D) Se establece un innovador sistema procedimental y de legitimación para instar la prevención o reparación de daños.

(*) Este trabajo se inscribe dentro del Proyecto de investigación BJU2003-09190, "Nuevos enfoques de la responsabilidad ambiental: más allá del principio *quien contamina paga*", subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia dentro del Programa Sectorial de Promoción General del Conocimiento. La autora forma parte del "Grup de Recerca en Dret del Medi Ambient de la Universitat Rovira i Virgili" encargada de desarrollar el proyecto.

I. INTRODUCCIÓN

Los daños ambientales (un vertido contaminante, un escape a la atmósfera de sustancias tóxicas, la contaminación del suelo, etc.) pueden producir dos tipos de daños de carácter muy diferente, aunque a veces ambos tienen lugar simultáneamente. Por un lado, se pueden ocasionar daños en los bienes o derechos privados o en las personas, y, por otro, daños al medio ambiente en sí mismo que no producen ninguna lesión individualizada.

Ese segundo tipo de daños, que podemos denominar "daños públicos ambientales" o "daños ambientales autónomos"[1], se derivan del hecho de que el medio ambiente está fundamentalmente integrado por bienes públicos (ya sean bienes pertenecientes al dominio público, como el agua, las costas, los montes públicos, ya sean bienes que con independencia de su propiedad pública o privada están adscritos a su conservación y al uso público compatible con la misma, como es el caso de los espacios naturales protegidos, o se trate, por último, de bienes carentes de titularidad, como es el caso de la atmósfera, pero de utilización pública por todos los ciudadanos), por lo que existen multitud de atentados ambientales que no producen perjuicios individuales.

En el caso de producción de daños ambientales, la Constitución contiene, bajo la rúbrica de los denominados "principios rectores" (Capítulo III del Título I), un mandato de "defender y restaurar el medio ambiente" dirigido a los poderes públicos, y la obligación de establecer un sistema que permita hacer efectiva "la obligación de reparar el daño causado" para toda persona que atente contra la utilización racional de los recursos naturales (art. 45).

En materia ambiental, y ante la creciente concienciación ciudadana de la necesidad de defensa de nuestro ecosistema, gravemente amenazado por el potencial destructivo de la civilización moderna, la sociedad demanda que, en aplicación del principio "quien contamina paga" que rige la acción en materia de medio ambiente (reconocido por el art. 174.2 del Tratado de la Comunidad Europea), sean los causantes de daños al medio ambiente quienes asuman su coste mediante la técnica de la responsabilidad civil, que persigue la reparación en su integridad del medio afectado o su resarcimiento mediante el pago de los daños y perjuicios ocasionados, salvo que se trate de casos de concurrencia de fuerza mayor (lo que los anglosajones denominan, de una manera muy expresiva, *act of God*), esto es, aquellos sucesos que se caracterizan por su imprevisibilidad e inevitabilidad, en cuanto son fenómenos repentinos e inesperados, como terremotos, temporales marítimos, inundaciones, etc, que no pueden preverse, pero que aunque se hubieran podido predecir no hubieran podido ser evitados.

(1) J. JORDANO FRAGA, *Responsabilidad civil por daños al medio ambiente en Derecho público: última jurisprudencia y algunas reflexiones* de lege data y contra lege ferenda, en Civitas, *Revista española de Derecho Administrativo,* núm. 107, 2000.

Normalmente, esta responsabilidad se va a dilucidar *en el ámbito penal o sancionador-administrativo*, pues los daños ambientales proceden por lo general de infracciones de este tipo. Como pone de relieve E. ALONSO GARCÍA, "Hoy una acción que deteriore el ambiente (...) difícilmente no encajaría en uno de los tipos del Código Penal, o en el océano de infracciones administrativas tipificadas en la legislación básica, o en la legislación ambiental autonómica"[2].

Cuando no concurran los elementos necesarios para reprimir la conducta dañosa con una sanción penal o administrativa se aplicará directamente el sistema de responsabilidad extracontractual a fin de obligar al causante de los daños a pagar su reparación o a indemnizar los perjuicios causados en caso de que dicha reparación resultase imposible. Se arbitra para ello en nuestro ordenamiento un sistema de responsabilidad civil, completado con un régimen de carácter administrativo para la exigencia de responsabilidad a la Administración por los daños que le sean imputables ya sea por acción o por omisión de su deber de velar por la conservación de los recursos naturales. Hay que tener en cuenta en este punto que una de las singularidades que presenta el Derecho ambiental es que la Administración, que actúa como principal defensora del interés colectivo medio ambiente, en ocasiones puede aparecer también como potencial agresora del mismo. Las autoridades administrativas deben estar por ello sujetas también a los postulados ambientales y a la posibilidad de incurrir en responsabilidad ambiental cuando llevan a cabo cualquier actividad o proyecto potencialmente lesivo del entorno y sometido por ello a normas ambientales: obras públicas sometidas a evaluación de impacto, actividades clasificadas, vertidos, operaciones de producción y gestión de residuos, etc.

LA DIRECTIVA 2004/35/CE ESTABLECE LAS LÍNEAS FUNDAMENTALES DE UN RÉGIMEN PÚBLICO DISTINTO DEL RÉGIMEN PRIVADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL CLÁSICO, DIRIGIDO A LA PREVENCIÓN Y RESTAURACIÓN DE DETERMINADOS DAÑOS AMBIENTALES AUTÓNOMOS

Ambos sistemas presentan, sin embargo, deficiencias importantes a la hora de reparar los daños ambientales públicos o autónomos, fundamentalmente porque se exige la existencia de derechos o intereses legítimos individualizados que hayan sido vulnerados como consecuencia del daño ambiental, lo que no suele ocurrir en el caso de daños a bienes ambientales públicos, a lo que se une la dificultad que reviste en muchos daños ambientales probar la relación de causalidad entre una acción u omisión ilícita y la lesión causada, o bien el hecho

(2) E. ALONSO GARCÍA, "La gestión del medio ambiente por las entidades locales", en la segunda edición del *Tratado de Derecho Municipal*, dirigido por S. MUÑOZ MACHADO, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, tomo II, pp. 1821 y ss. Este mismo artículo puede consultarse en la publicación electrónica "PORTALDERECHO" (www.iustel.com), 2003, con el título *Organización y Ámbitos Competenciales (VII). Medio Ambiente Local.*

de que en ocasiones, aunque pueda imputarse el daño a una persona determinada, ésta resulta insolvente.

Para suplir estas deficiencias, que son comunes en la generalidad de los Estados miembros de la Unión Europea, la Comunidad ha aprobado la Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, en la que se establecen las líneas fundamentales de un régimen público distinto del régimen privado de responsabilidad civil clásico, dirigido a la prevención y restauración de determinados daños ambientales autónomos, como son los que afectan a las especies y hábitats naturales, a las aguas o al suelo. Se trata por tanto de un sistema que no viene a sustituir sino a completar y modificar en ciertos aspectos el actualmente existente[3].

Procede, a continuación, comenzar por analizar cómo se configura el sistema de responsabilidad por daños ambientales en nuestro país, poniendo de relieve cuáles son sus principales deficiencias, para a continuación exponer las novedades que, por obra de la nueva Directiva, habrán de incorporarse a nuestro Derecho.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS AMBIENTALES DERIVADA DE LA COMISIÓN DE DELITOS O INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

Para las *sanciones administrativas* la obligación de reposición de la situación alterada por el infractor la prevé con carácter general el art. 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC, en adelante), y se reitera y concreta en numerosas normas ambientales. En caso de incumplimiento de este deber de reparación, la Administración puede siempre proceder a su ejecución subsidiaria con cargo al infractor (admitida con carácter general por el art. 98 de la LPC), y cuando así lo autoricen las leyes, y en la forma y cuantía que éstas determinen (tal y como dispone el art. 99 de dicha Ley), a la imposición de multas coercitivas reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado.

Para aquellos supuestos en los que la reparación no fuere posible o que subsistan daños irreparables o perjuicios a terceros, la LPC prevé con carácter general "la indemnización de los daños y perjuicios causados, que podrán ser determinados por el órgano competente" de la Administración sancionadora y, en caso de conflicto, por la Jurisdicción

(3) De acuerdo con lo expuesto, vemos que los instrumentos jurídicos privados y los públicos aparecen entrelazados cuando se trata de establecer un sistema de responsabilidad por daños ambientales dirigido a su íntegra reparación tanto si producen lesiones individualizadas como si afectan únicamente a los elementos naturales que componen el medio ambiente. Por ello, consideramos que en este ámbito no resulta adecuado utilizar el término de "responsabilidad civil" en cuanto, según la definición de la Real Academia, lo civil, en derecho, es lo "perteneciente o relativo a las relaciones e intereses privados (...)", y en este ámbito están implicados bienes públicos necesitados de regímenes administrativos para su protección. Preferimos, por ello, utilizar la expresión "responsabilidad por daños ambientales" que engloba los sistemas públicos y privados dirigidos a la prevención y restauración de los daños al medio ambiente.

Contencioso-Administrativa. Aunque la Ley no lo precisa, hay que entender que se trata de los daños y perjuicios *causados a la Administración pública* (tal y como lo concreta el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993), incluyendo en este concepto a *los bienes y servicios públicos*, pues para los daños y perjuicios causados por el infractor, en su caso, a terceras personas, será el juez civil y no la Administración quien habrá de determinar y exigir el importe de las indemnizaciones procedentes[4].

En cuanto a las *sanciones penales*, el art. 109 del Código Penal prevé con carácter general que la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. Esta responsabilidad comprende, de acuerdo con el art. 110 del dicho Código Penal, la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

La responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito penalmente exige, como elemento estructural de la misma, una relación de causalidad entre la acción u omisión delictiva y el daño o perjuicio sobrevenidos. Esta responsabilidad podrá solicitarse y ser declarada por el propio Tribunal penal o bien, según precisa el art. 109, el perjudicado podrá optar por exigir de modo independiente la responsabilidad ante la Jurisdicción civil. En el caso concreto de los delitos contra el medio ambiente, el art. 339 establece que "Los Jueces y Tribunales podrán, motivadamente, ordenar la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar para la protección de los bienes tutelados en este Título".

La responsabilidad penal podrá pedirse, si la lesión reviste la gravedad necesaria para configurar alguno de los tipos de los delitos o faltas de carácter ambiental tipificados en el Código Penal, al culpable de la actividad dañosa, que puede ser un particular o una autoridad o funcionario de la Administración pública. Cuando el responsable del daño ambiental es un particular, se puede denunciar también penalmente, en su caso, a la autoridad o funcionario que haya propiciado o permitido dolosamente la comisión del delito, pues el Código Penal contempla un supuesto específico de prevaricación en materia de

(4) Existen también razones para entender, sin embargo, que el órgano administrativo competente para resolver sobre la sanción está facultado también para determinar la responsabilidad en que haya podido incurrir el infractor incluso frente a terceros, aunque en este caso la Administración no podrá *exigir* la responsabilidad y, en caso de que el infractor no se avenga a su pago, podrá acudir a los juzgados y tribunales civiles, que no quedarán vinculados por la declaración administrativa. En este sentido se pronuncia sin duda el Reglamento sobre procedimientos sancionadores seguidos por la Comunidad Autónoma de Extremadura (aprobado por Decreto 9/1994, de 8 de febrero), cuando tras afirmar que "La resolución que ponga fin al procedimiento sancionador podrá además declarar (...) la cuantía de los daños y perjuicios causados a la Administración", añade que "El importe de los daños y perjuicios causados a terceros será determinado en la misma resolución conforme a lo establecido en las normas y resoluciones que resulten de aplicación" (art. 16). La Administración sólo podrá en todo caso ejercitar sus potestades de ejecución para el cobro de la indemnización, como se cuida de precisar este precepto, cuando se trate de daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos, debiendo por tanto entenderse que en otro caso la cuestión pasará a la vía civil, quedando sin efecto la valoración administrativa. Esta interpretación es también la que parece deducirse de la propia LPC, cuando afirma que la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados deberá "comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita *la vía judicial correspondiente*" (art. 130.2 *in fine*).

medio ambiente, castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y la pena de prisión o multa (art. 329)[5].

Los entes públicos (Estado, Comunidad Autónoma, Provincia, Municipio o isla, según los casos) responden subsidiariamente de los daños causados por los responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridades, funcionarios, agentes o contratados de la Administración. Así lo establece el Código Penal (art. 121) que exige para ello que hayan actuado en el ejercicio de sus cargos o funciones y que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuviesen confiados[6].

III. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE. LOS DOS MODELOS EXISTENTES (RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA) Y LA POSIBILIDAD DE COMPLEMENTARLOS CON LA CREACIÓN DE FONDOS DE COMPENSACIÓN

Cuando los daños ambientales no son constitutivos de un delito o infracción administrativa debe acudirse al sistema de responsabilidad extracontractual, que puede definirse como el deber jurídico de reparar o indemnizar que surge por virtud de la causación de un hecho dañoso sin que concurra relación jurídica o vínculo contractual previos entre el autor del daño y la víctima.

Esta responsabilidad puede responder a dos modelos diferenciados y a un sistema que, más que un tercer modelo, podemos decir que es un mecanismo que puede resultar complementario de los otros dos:

1. El modelo, imperante en nuestro país y en otros de nuestro entorno jurídico (como Francia, Holanda, Reino Unido e Italia), de la *responsabilidad subjetiva*, en el que para exigir responsabilidad al autor del comportamiento lesivo es necesario demostrar la existencia de culpa o negligencia por parte del responsable del hecho dañoso. Se trata por tanto de un modelo de responsabilidad que tiene en cuenta el comportamiento de los sujetos causantes del daño.

2. El modelo de *responsabilidad objetiva o por riesgo*, en el que se atribuye la responsabilidad al autor del comportamiento que ha causado el daño por el simple hecho de haberse producido el mismo, prescindiendo de la apreciación de si ha concurrido culpa o negligencia. En este modelo no es necesario indagar las características del comportamiento

(5) Sobre el tema véanse, entre otros, A. DEL TORO MARZAL, "La responsabilidad penal de los funcionarios en el contexto de protección del medio ambiente", en *La protección del medio ambiente en el nuevo Código Penal*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Valencia, 1996, y E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos*, en La Ley, 8 de octubre de 1996.

(6) Desde el punto de vista procesal, se requiere que en el proceso penal cuando se formule la pretensión indemnizatoria contra el servidor público que haya cometido el delito o falta se formule simultáneamente la pretensión de responsabilidad civil subsidiaria contra el correspondiente ente público.

del causante del daño, pues debe indemnizar sólo por haberlo ocasionado o, si se quiere, por haber realizado una actividad susceptible de producir riesgo en cuyo ejercicio ha producido el efecto dañoso. Se suelen citar, como ejemplos de sistemas de responsabilidad objetiva, los de Alemania y Estados Unidos.

3. El llamado "sistema de conjunto". Tanto en el sistema de responsabilidad subjetiva como en el de responsabilidad objetiva se plantea el problema común, como veremos, de que para imputar la responsabilidad resulta necesario que se demuestre la relación de causalidad entre la acción y el daño. Hay muchos casos, sin embargo, en los que esta demostración resulta imposible de establecer en el ámbito del medio ambiente, como en los casos de daños difusos, procedentes de múltiples fuentes, y en otras ocasiones, aunque se puede establecer la relación de causalidad, el contaminador es insolvente o no puede ser identificado.

En estos casos, resultan inoperantes los mecanismos de responsabilidad civil y es donde se ha planteado la necesidad de crear fondos de compensación o fondos de indemnización conjunta que hagan frente a la reparación del daño producido, los cuales se financian a través de las tasas o impuestos que pagan las industrias potencialmente contaminantes[7].

PARA HACER FRENTE AL DAÑO PRODUCIDO LOS FONDOS DE COMPENSACIÓN O FONDOS DE INDEMNIZACIÓN SE FINANCIAN A TRAVÉS DE LAS TASAS O IMPUESTOS QUE PAGAN LAS INDUSTRIAS POTENCIALMENTE CONTAMINANTES

En el ámbito internacional, destaca el denominado *Superfund* americano, creado por la *Comprehensive Environmental Response and Liability Act* de 1980, con el objeto de hacer frente a supuestos de emergencia y limpieza de suelos contaminados originados por el depósito incontrolado de residuos tóxicos o peligrosos. El fondo se financia con las aportaciones obligatorias de las industrias potencialmente contaminantes y su objetivo es la limpieza de los suelos. Se intenta, en primer lugar, hacer responsable del coste de la limpieza a su causante, siguiendo el modelo de responsabilidad civil objetiva imperante en Estados Unidos, pero cuando esto no resulta posible, porque el responsable no se puede identificar o es insolvente, se complementa el sistema con la aplicación de los fondos para la restauración de los suelos dañados. Aunque los comienzos del sistema fueron difíciles y controvertidos, a medida que su aplicación se ha ido perfeccionando se ha convertido en un programa que opera con gran eficacia y ejerce una función vital en la sociedad. Según los últimos datos aportados por los expertos, decenas

(7) Sobre los fondos de compensación véanse en nuestra doctrina, por todos: C. DE MIGUEL PERALES, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Civitas, 2ª edición, 1997, pp. 260 y ss., y L. GOMIS CATALÁ, *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*, Aranzadi, pp. 294 y ss.

de miles de suelos contaminados han sido evaluados, se han llevado acciones de limpieza rápida en miles de sitios, y se están completando poco a poco acciones de limpieza a más largo plazo en los sitios más gravemente contaminados[8]. En Europa existen también algunos supuestos de fondos de compensación, como los que tienen Suecia y Alemania para la restauración de tierras contaminadas, el de Francia para las indemnizaciones por la contaminación acústica causada por los aeropuertos, o el de los Países Bajos para luchar contra la contaminación atmosférica [según datos facilitados por el *Libro Blanco de Responsabilidad Ambiental* elaborado por la Comisión Europea, COM (2000) 66 final[9]].

IV. EL SISTEMA ESPAÑOL ACTUAL PARA LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR DAÑOS AMBIENTALES. LA TENDENCIA HACIA LA OBJETIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS FUNDADA EN LA "DOCTRINA DEL RIESGO"

Cuando no concurran los elementos necesarios para reprimir la conducta dañosa con una sanción penal o administrativa, se aplicará directamente el sistema de responsabilidad extracontractual, que puede definirse como el deber jurídico de reparar o indemnizar que surge como consecuencia de haber causado un daño sin que concurra relación jurídica previa o vínculo contractual preexistente entre el autor del daño y la víctima. La exigencia de esta responsabilidad extracontractual presenta dos cauces jurídicos distintos en nuestro ordenamiento, que analizaremos a continuación.

A) La responsabilidad por daños ambientales causados por los particulares

España, como hemos dicho, al igual que la generalidad de los países de la Unión Europea, parte, a la hora de regular la responsabilidad por daños al medio ambiente causados por particulares, de un régimen general de responsabilidad civil subjetiva basado en la existencia de culpa o negligencia por parte del responsable del hecho dañoso, aunque este sistema se combina con supuestos de responsabilidad objetiva que cada vez asumen mayor frecuencia e importancia.

Se trata del sistema de responsabilidad civil clásico, derivado del Derecho Romano (*Lex Aquilia*), en el que se consideraba el no causar daño a los demás como una de las tres grandes máximas del comportamiento social, junto al vivir honesto y dar a cada uno lo suyo (*honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*), que en nuestro sistema jurídico se encuentra recogido con carácter general en el Código Civil, cuyo artículo 1902 establece que "*el que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el mal causado*".

(8) J. QUARLES J. y M. W. STEINBERG, "The Superfund Program at its 20th Anniversary", en *The Envirnomental Law Reporter. News & Analysis*, junio de 2001.

(9) Puede consultarse en la siguiente página del servidor de la Unión Europea: http://europa.eu.int/comm/off/white/index_es.htm

Los elementos que deben concurrir para que pueda exigirse esta responsabilidad civil son, de acuerdo con la jurisprudencia, los siguientes:

– la existencia probada de una acción u omisión culposa o negligente;

– la realidad del daño, esto es, la prueba de un daño efectivo,

– y la existencia, también probada, de la relación de causalidad entre la acción u omisión culposa o negligente y el daño causado.

Ahora bien, la posibilidad de utilizar las acciones de responsabilidad civil, de marcado carácter individualista y subjetivo, para la reparación de los daños ocasionados al medio ambiente se encuentra en la práctica con grandes obstáculos, entre los que podemos destacar los siguientes:

– El carácter colectivo o difuso de los bienes normalmente implicados en la protección ambiental dificulta con frecuencia la prueba de la existencia de un daño efectivo. Resulta difícil probar la existencia de un daño efectivo cuando las lesiones se producen en bienes de uso común como la atmósfera o en intereses colectivos vinculados a la protección ambiental que revisten un carácter absolutamente inmaterial, como es el caso de las nociones estéticas asociadas al paisaje. Se habla, en este sentido, de la existencia de "daños difusos".

– Pero incluso en aquellos casos en que puede probarse la certeza y la realidad de los daños, la acción de responsabilidad civil en materia de daños al medio ambiente se encuentra con la dificultad que reviste también con frecuencia la prueba de la culpabilidad o ilicitud de la conducta o de la relación de causalidad entre la acción u omisión ilícita y el daño causado.

Por lo que respecta a la prueba de concurrencia de "culpa o negligencia" como exige el art. 1902 del Código Civil, pues los problemas que presenta la relación de causalidad los expondremos en un momento posterior, son muchos los supuestos en los que no es posible probar la culpabilidad o ilicitud de la conducta productora de daños en el Medio Ambiente, pues el agente causante de los mismos puede escudarse en el cumplimiento de la normativa medioambiental protectora, en que tiene y cumple con todas las autorizaciones administrativas para el ejercicio de la actividad, o en que la Administración no ha detectado, en las posibles inspecciones realizadas, ninguna anomalía o incumplimiento.

La jurisprudencia tiende por ello cada vez más a prescindir de la culpabilidad o ilicitud de la conducta para declarar la obligación de resarcir los daños cuando se trata de actividades productoras de riesgo, reconociendo una suerte de responsabilidad objetiva o responsabilidad por riesgo, en virtud de la cual, cuando una actividad desarrollada por una persona o empresa representa una fuente de provechos para ella y un riesgo adicional y extraño para los circundantes (personas o bienes), el resarcimiento de daños y perjuicios se configura como una especie de contrapartida de la utilidad proporcionada por la

actividad peligrosa (*ubi emolumentum, ibi onus*), aunque tal daño se haya producido sin poder evitarlo y pese a haber adoptado las precauciones técnicas prescritas[10].

Esta doctrina del riesgo se aplica con un "sentido limitativo (fuera de los supuestos legalmente previstos) no a todas las actividades de la vida, sino sólo a las que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios" (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 470/1999, de 29 de mayo, RA 1999/4382), pero en estos casos en que se utiliza produce los efectos fundamentales de la no exoneración de responsabilidad por el cumplimiento de las condiciones legales, reglamentarias o administrativas para el ejercicio de la actividad causante del daño y de una inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que es el demandado el que debe probar que actuó diligentemente. Así lo reconoce en varias Sentencias el Tribunal Supremo, afirmando que "en las actividades que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios, *no resulta suficiente la diligencia reglamentaria*, si la realidad fáctica evidencia que las garantías adoptadas para evitar los daños previsibles han resultado ineficaces, y a que el principio de la responsabilidad por riesgo, sin llegar a objetivar de una forma absoluta la responsabilidad de aquél a quien cabe atribuir la creación del mismo, *le obliga a acreditar que había adoptado todas las medidas necesarias para evitar que la proximidad del daño se transformase en siniestro*" (STS de 24 de septiembre de 2002, RA 2002/7869, y, en el mismo sentido, SSTS de 20 de marzo de 1996, RA 1996/2244, de 8 de abril de 1996, RA 1996/2989, y de 13 de julio de 1999, RA 1999/5046).

De esta forma, en las actividades productoras de peligros, como son las que mayores amenazas producen para el medio ambiente, la sola creación de riesgos en provecho propio hace recaer sobre el autor la responsabilidad del daño que se pueda ocasionar, lo que supone la elevación del nivel de diligencia exigible, con la prueba del agotamiento de la diligencia para poder quedar exonerado. Para que exista responsabilidad debe probarse que la actividad del demandado ha sido la causa del daño, esto es, la concurrencia de relación de causalidad, pero una vez probada su concurrencia, la adecuación de la actividad a los requisitos jurídicos exigidos no basta para exonerar el deber de resarcir el daño causado.

(10) J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, 2ª edición, Barcelona, 1985. Especialmente clara resulta, en este sentido, la STS de 24 de mayo de 1993 –RA 3727–, en la que se afirma que "la doctrina de esta Sala se orienta hacia un sistema que, sin hacer abstracción total del factor psicológico o moral y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho de la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa (*cuius est commodum, eius est periculum; ubi emolumentum, ibi onus*), y es por ello por lo que ha ido transformando la apreciación del criterio subjetivista, ora por el acogimiento de la denominada teoría del riesgo, ora por el cauce de la inversión de la carga de la prueba, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, sin que sea bastante, para desvirtuarla, el cumplimiento de los Reglamentos, pues éstos no alteran la responsabilidad de quienes los cumplan, cuando las medidas de seguridad y garantía se muestran insuficientes en la realidad para evitar eventos lesivos" (en el mismo sentido, entre otras, SSTS de 12 de diciembre de 1980 –RA 4746–, de 16 de octubre de 1989 –RA de 8 de mayo de 1990 –RA 3690–, de 8 de noviembre de 1990 –RA 8534–, o de 25 de mayo de 1991 –RA 3940–).

Esta concepción objetiva de la responsabilidad por daños derivados de actividades productoras de riesgo ha comenzado a ser incorporada al ámbito legislativo, con lo que gana fuerza y, además, *lleva aparejada o incentiva la suscripción de pólizas de seguro*, con lo que se garantiza el pago de la indemnización y, al tiempo, hace que todos los que realicen este tipo de actividad colaboren a sufragar los daños que efectivamente se produzcan en el sector o ámbito de responsabilidad extracontractual correspondiente.

Hay que destacar que la tendencia hacia la adopción de normas que reconocen una responsabilidad de carácter objetivo es un fenómeno que se aprecia hoy con carácter general, no únicamente en el ámbito ambiental, pues si en el Código Civil los supuestos de responsabilidad civil objetiva constituían excepciones menores al sistema consagrado por el art.1902 (supuestos contemplados en los artículos 1905 –daños causados por animales, 1908.3 –daños causados por la caída de árboles–, y 1910 –objetos arrojados o caídos desde una casa–), la evolución legislativa ha ido progresivamente ampliando el ámbito de la responsabilidad civil, fundándose en la mencionada doctrina del riesgo (quien crea o realiza una actividad productora de riesgos está obligado a responder de los daños derivados de la misma). En este sentido, puede señalarse la introducción de la responsabilidad objetiva en el ámbito de la caza (Ley de 4 de abril de 1970); la navegación aérea (Ley de 21 de julio de 1960, reguladora del régimen de la Navegación Aérea), o la circulación de vehículos de motor (Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial).

LOS ELEMENTOS QUE DEBEN CONCURRIR PARA QUE PUEDA EXIGIRSE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SON: LA EXISTENCIA PROBADA DE ACCIÓN U OMISIÓN CULPOSA O NEGLIGENTE, LA REALIDAD DEL DAÑO Y LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE AMBOS

En el ámbito jurídico de la protección del medio ambiente son muy pocas todavía las leyes que establecen un régimen de responsabilidad objetiva. Tres son los principales supuestos actualmente reconocidos de responsabilidad objetiva por normas encuadrables en el ámbito de la protección del medio ambiente:

– El caso singular, por las circunstancias de especial peligrosidad que en él concurren, de *la energía nuclear*, cuya Ley reguladora (Ley 25/1964, de 29 de abril), dispone que "el explotador de una instalación nuclear o de cualquier otra instalación que produzca o trabaje con materiales radiactivos o que cuente con dispositivos que puedan producir

radiaciones ionizantes será responsable de los daños nucleares. Esta responsabilidad será objetiva –salvo los supuestos de fuerza mayor que la ley enuncia– y estará limitada en su cuantía hasta el límite de cobertura que se señala en la presente Ley" (300 millones de pesetas por accidente en cada instalación que tuviera el explotador en uso).

– *Las obligaciones de limpieza y restauración de suelos declarados contaminados* (reguladas en la Ley básica de Residuos, Ley 10/1998, de 21 de abril). Los suelos contaminados se definen por la Ley como "todo aquel cuyas características físicas, químicas o biológicas hayan sido alteradas negativamente por la presencia de componentes de carácter peligroso de origen humano, *en concentración tal que comporte un riesgo para la salud humana o el medio ambiente*, de acuerdo con los criterios y estándares que se determinen por el Gobierno". Una vez que un suelo es declarado como contaminado de acuerdo con el sistema que establece la Ley, surge la obligación de realizar las actuaciones necesarias para proceder a su limpieza y recuperación. La responsabilidad de realizar estos trabajos, previo requerimiento de la Comunidad Autónoma, recae, en primer lugar, en "los causantes de la contaminación, que cuando sean varios responderán de estas obligaciones de modo solidario" y, subsidiariamente, por este orden, en "los poseedores de los suelos contaminados y los propietarios no poseedores". Se trata, por tanto, de una responsabilidad de corte puramente objetivo, y parece surgir con independencia de la fecha en que se originó la contaminación, pues no se hace ninguna referencia al respecto. En el caso de que los responsables mencionados no procedieran a realizar las operaciones de limpieza y recuperación de los suelos, "podrá procederse a la ejecución subsidiaria (por la Administración) por cuenta del infractor y a su costa" (art. 36.3).

– El régimen jurídico establecido en materia de *residuos tóxicos y peligrosos*, en el que se establece que "A todos los efectos, los residuos tóxicos y peligrosos tendrán siempre un titular responsable, cualidad que corresponderá al productor o al gestor de los mismos" (art. 47 del Reglamento de Residuos Tóxicos y Peligrosos, aprobado por Real Decreto 833/1988, de 20 de julio y modificado por Real Decreto 952/1997, de 20 de junio). De modo consecuente con esta atribución de responsabilidad, el art. 6 establece que "La autorización de gestión de residuos tóxicos o peligrosos quedará sujeta a la constitución por el solicitante de un seguro de responsabilidad civil que cubra el riesgo de indemnización por los posibles daños causados a terceras personas o a sus cosas, derivado del ejercicio de las actividades objeto de la citada autorización administrativa (así lo ha dispuesto también el art. 22.2 de la Ley de Residuos).

B) La responsabilidad de la Administración por daños ambientales

Cuando se produce un daño al medio ambiente derivado del funcionamiento de los servicios públicos, la petición de responsabilidad se fundamenta en el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas reconocido por el art. 106.2 de la Constitución y desarrollado por los arts. 139 y siguientes de la LPC, en virtud del cual la

Administración responde por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor[11].

Pues bien, esta cláusula del "funcionamiento de los servicios públicos" ha sido interpretada por la jurisprudencia en un sentido muy amplio, de tal forma que incluye la realización *tanto de la actividad jurídica de la Administración por los daños al medio ambiente causados como consecuencia de autorizaciones o licencias ilegales* como *de una actividad material, ya sea por acción u omisión*, de tal forma que las Administraciones responden por los daños derivados de las actividades potencialmente lesivas al medio ambiente que pueden llevar a cabo (obras públicas, vertidos, operaciones de gestión de residuos, etc.), pero también por la inactividad o falta de vigilancia de las actividades con impacto ambiental realizadas por particulares. Ello es así porque, de acuerdo con la jurisprudencia, el anormal funcionamiento del servicio público comprende también "la omisión o la pasividad, cuando la Administración está obligada a comportarse de un modo determinado" –SSTS, entre otras, de 14 de junio de 1991 (RA 5115), de 5 de octubre de 1993 (RA 7196) y de 18 de diciembre de 1995 (RA 9408).

Aunque la LPC se refiere a la responsabilidad de la Administración por el "funcionamiento normal o anormal" de los servicios públicos, la responsabilidad objetiva de la Administración, aunque reconocida con carácter mucho más amplio que en el ámbito civil, no opera con carácter general, pues además de que la propia Ley precisa (tras la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), que "no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos"[12], la jurisprudencia limita los supuestos en los que puede operar la responsabilidad aunque el servicio haya funcionado normalmente. Uno de estos supuestos es, al igual que en la responsabilidad civil, el título de creación de un riesgo. En palabras del TS, "es de recordar que, como esta Sala Tercera del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de decir en más de una ocasión, la Administración asume la responsabilidad derivada de los riesgos por ella creados" (STS de 25 de mayo de 1999, RA 6153).

(11) Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración en general véanse, entre otros (por orden cronológico): J. LEGUINA VILLA, *La responsabilidad de la Administración Pública*, Tecnos, Madrid, 2ª edición, 1983; Mª.J. MONTORO CHINER, "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", en *Autonomies. Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 16, 1993; M. BELADÍEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, prólogo de J. Leguina Villa, Tecnos, 1997; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, 2ª edición, 2000. En concreto sobre la responsabilidad de la Administración por daños al medio ambiente, véanse: L. MARTÍN REBOLLO, "Medio Ambiente y responsabilidad de la Administración", en Civitas, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 11, 1976; J. L. REQUERO IBÁÑEZ, "El derecho administrativo y la responsabilidad por daños ambientales", en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 141, 1995; J. JORDANO FRAGA, "La responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al medio ambiente", en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 119, 1990; A.I. FORTES GONZÁLEZ, "La responsabilidad por daños al medio ambiente. En especial la responsabilidad de la Administración", en *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 23, 1999; S. GALERA RODRIGO, *La responsabilidad de las Administraciones Públicas en la prevención de daños ambientales*, prólogo de M. Bassols Coma, Montecorvo, 2001.

(12) Véase E. DESDENTADO DAROCA, "Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 a la luz del Análisis Económico del Derecho", en *Civitas- Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 108, 2000.

Una de las vías de petición de responsabilidad de la Administración por daños ambientales que está cobrando creciente importancia en la actualidad es la fundada en la inactividad de la Administración, pues las Sentencias admiten la responsabilidad de la Administración por la conocida como *culpa in vigilando* o *culpa in omittendo*, es decir, supuestos en los que se le hace responsable del daño por considerarse que en la producción del mismo ha concurrido de forma decisiva la falta de vigilancia o de adopción de las medidas prescritas, aun en el supuesto de la actuación de un tercero.

Esta doctrina jurisprudencial hace años que se admite (pueden citarse, entre otras, las SSTS de 28 de junio de 1983 o de 23 de mayo de 1984, que cita y resume A.I. FORTES), pero en la actualidad ha cobrado especial importancia, desde el momento en que se considera que los poderes públicos pueden ser responsables, como consecuencia de los daños producidos como consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios públicos, ya sea por acción o por omisión de su deber de vigilancia y control de la actividad de los particulares, de la vulneración de derechos fundamentales, de conformidad con la interpretación realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias, entre otras, de 9 de diciembre de 1994, *caso López Ostra contra España*, de 19 de febrero de 1998, *caso Guerra y otros contra Italia*, y Sentencia de 21 de febrero de 1990, *caso Powell and Rayner c. Reino Unido*) que ha sido recibida por nuestro Tribunal Constitucional (Sentencias 119/2001, de 24 de mayo, y 16/2004, de 23 de febrero). Se entiende así que, en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales pueden poner en peligro la salud de las personas, y atentar por consiguiente contra el derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15 CE), o bien, aun sin poner en peligro estos derechos, vulnerar el derecho fundamental de los ciudadanos al respeto de su vida privada y familiar, privándoles del disfrute de su domicilio y vulnerando por esta vía los derechos a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (art.18 CE)[13].

En el caso de que sean varias las Administraciones que concurran en la producción del daño, el art. 140 de la LPC dispone que "Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones

(13) Sobre esta doctrina véanse, junto al estudio precursor de L. MARTÍN- RETORTILLO BAQUER, "La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional", en *Revista de Administración Pública*, núm.115, 1988, los siguientes trabajos (por orden cronológico): J.A. CARRILLO DONAIRE y R. GALÁN VIOQUE, "¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? (Comentario en torno al asunto López Ostra c. España, resuelto por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994)", en *Civitas-Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.86, 1995; B. LOZANO CUTANDA, "La ecologización de los derechos fundamentales: la doctrina López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro Tribunal Constitucional" en *Civitas-Revista española de Derecho Europeo*, núm. 1, enero-marzo 2002; B. LOZANO y C. PLAZA, "The Greening of Fundamental Rights and the Post-Constitutional Act on the Right to Petition", en *European Public Law*, volume 8, Issue 4, 2002; O. BOUAZZA ARIÑO, "Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Revista de Administración Pública*, núm. 160, 2003.

Esta doctrina ya ha dado lugar a la condena de una Administración local por vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio que reconoce el art. 18.1 de la Constitución, por no haber adoptado las medidas cautelares que le fueron reiteradamente solicitadas, de acuerdo con la normativa aplicable, para hacer cesar la actividad de una discoteca que excedía de las emisiones máximas permitidas, lo que ocasionó unos daños y perjuicios al recurrente que han de ser indemnizados por el Ayuntamiento (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, de 10 de abril de 2003).

intervinientes responderán de forma solidaria (...)", con lo que refuerza la garantía de los particulares que pueden dirigir su reclamación por la totalidad de la cuantía frente a cualquiera de las Administraciones que han concurrido a la producción del daño, frente a la posible situación de indefensión que provocaba, con anterioridad a este precepto introducido en 1992 por la LPC, la dificultad del perjudicado de determinar frente a qué Administración había de dirigir su pretensión.

Hemos de señalar, por último, que todos estos supuestos de responsabilidad por daños causados imputables a una Administración pública han de sustanciarse ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues de acuerdo con la legislación vigente ha de atribuirse a los tribunales de este orden jurisdiccional y mediante la aplicación del derecho administrativo, la competencia exclusiva y excluyente para el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, con independencia de cual sea la naturaleza o el tipo de relación de que se derive, e incluso en los supuestos de concurrencia de otros sujetos privados en la producción del daño (art. 2 de la Ley Orgánica 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, art. 144 de la LPC, y art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tras las reformas del mismo operadas por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio y la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre)[14].

LAS ADMINISTRACIONES RESPONDEN POR LOS DAÑOS DERIVADOS DE LAS ACTIVIDADES POTENCIALMENTE LESIVAS AL MEDIO AMBIENTE QUE PUEDEN LLEVAR A CABO, PERO TAMBIÉN POR LA FALTA DE VIGILANCIA DE LAS REALIZADAS POR PARTICULARES

V. LAS DEFICIENCIAS DEL SISTEMA ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL PARA LA REPARACIÓN O RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS AMBIENTALES

El sistema de responsabilidad extracontractual establecido por nuestro ordenamiento jurídico, ya sea el estrictamente civil

(14) Sobre esta cuestión, véanse, entre otros, los siguientes estudios: E. GAMERO CASADO, "Constitucionalidad de la unificación jurisdiccional en materia de responsabilidad administrativa (Comentario al ATC de 22 de julio de 1997)", en *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, num. 332, 5 de marzo de 1998; L. MARTÍN REBOLLO, "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones", en *Revista de Administración Publica*, número 150, 1999, pp. 317 y ss.; C. ROMERO REY, "Cuestiones problemáticas en torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración: evolución legislativa y nuevos escenarios de conflicto", en *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, núm. 22, enero 2004; J. GARBERÍ LLOBREGAT, "La última reforma del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 19/2003, de 23 de diciembre). Una mala nueva para las compañías aseguradoras que cubran la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 623 de 13 de mayo de 2004.

o el de petición de responsabilidad patrimonial a la Administración, presenta, desde la perspectiva de la protección de los bienes ambientales, dos deficiencias fundamentales:

En primer lugar, *son muchos los casos en que este sistema no garantiza la restauración del medio ambiente dañado*, lo que se debe fundamentalmente a las siguientes causas:

– La dificultad que reviste en muchos daños ambientales probar la relación de causalidad entre una acción u omisión ilícita y la lesión causada. En muchos casos, el daño tiene su origen en la actividad simultánea de varios sujetos y no puede identificarse una acción aislada como la responsable de la lesión (pensemos en los vertidos de diversas industrias en el caudal de un mismo río). A ello se añade que con frecuencia los daños al medio ambiente no tienen una manifestación inmediata sino que se presentan muchos años después de haber tenido lugar la actividad causante del daño; son los llamados "daños históricos" o "daños originados en el pasado". La contaminación de los acuíferos subterráneos o del suelo, por ejemplo, puede tardar años en manifestarse, con lo que los causantes de la lesión pueden ser industrias que no operan ya en esa zona.

Ello conduce a que en muchos supuestos los Tribunales, por mucho que apliquen una responsabilidad de carácter objetivo, deban desestimar las pretensiones de responsabilidad civil o patrimonial por daños ambientales por falta de prueba del nexo causal entre la actividad contaminante y los daños producidos. Como ejemplos de esta línea jurisprudencial, podemos citar la Sentencia de 19 de junio de 1980, en la que el TS desestimó la pretensión indemnizatoria del titular de una mejillonera de la bahía de La Coruña contra el armador de un petrolero por los daños sufridos en sus instalaciones por derrames de petróleo por falta de prueba de la relación de causalidad, al considerar que los supuestos daños cuyo importe se reclamaba no habían provenido exclusivamente de vertidos del buque en cuestión, sino que podían haber sido causados también por otros muchos, dado el gran número de buques que habían sido sancionados en las mismas fechas por vertidos en las aguas de la bahía. En el mismo sentido pueden citarse, entre otras, las SSTS de 27 de octubre de 1988 (en relación a una reclamación de daños por extracción de aguas), de 14 de febrero de 1985 (aumento del caudal de un río y fallecimiento de la persona que intenta cruzarlo), 10 de febrero de 1988 (pérdida de una cosecha por uso indebido de herbicidas), o de 27 de octubre de 1990 (muerte de truchas por la contaminación del río Cifuentes).

– En otros casos, aun pudiéndose imputar el daño a una persona determinada, ésta resulta insolvente. Cuando se da este supuesto, al igual que cuando se desconoce el causante del daño o no puede probarse la relación de causalidad, la reparación del medio ambiente dañado queda sin cobertura, por el deber general que la Constitución impone a los poderes públicos de "defender *y restaurar el medio ambiente*, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva" (art. 45.2), pero que carece de una disposición que concrete la responsabilidad de los poderes públicos de restaurar los daños ambientales cuando los responsables no se encuentren o resulten insolventes.

– Pero incluso cuando no se dan las circunstancias anteriores, el problema radica en que, salvo que las leyes digan lo contrario, se encuentra más generalizada en la jurisprudencia la indemnización al perjudicado que la reparación en especie, y nada garantiza que la indemnización vaya a utilizarse en restaurar los daños ambientales producidos. En la práctica, la mayoría de las decisiones judiciales imponen directamente la obligación de indemnización, sin ni siquiera plantearse si es posible o no la reposición de los bienes, lo que responde a la tónica general de los supuestos de responsabilidad civil y al hecho de que normalmente son los propios demandantes los que acuden al juez solicitando directamente la indemnización. Existen sin embargo algunas Sentencias que sí se preocupan por defender el principio de que en primer lugar debe perseguirse la reparación en especie, y sólo cuando esto no sea posible, debe acudirse a la indemnización (SSTS de 23 de septiembre y de 27 de octubre de 1988, o de 15 de marzo de 1993)[15]. La mayoría de las leyes ambientales sí precisan en cambio que, por lo que respecta a la responsabilidad derivada de la infracción de sus preceptos, debe procederse ante todo a la reparación en especie, siendo aplicable la indemnización para los daños irreparables y los perjuicios causados (así lo especifican, entre otras, la Ley de Costas –Ley 22/1988, de 28 de julio, la Ley de Aguas–, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio–, o la Ley de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y la Fauna Silvestres –Ley 4/1989, de 27 de marzo–, la Ley básica de Residuos –Ley 10/1998, de 21 de abril–, o la Ley de Montes –Ley 43/2003, de 21 de noviembre–).

En segundo lugar, nuestro sistema de responsabilidad extracontractual *resulta insuficiente o inadecuado para velar por la reparación de los daños al medio ambiente que no producen ninguna lesión individualizada*, a los que hemos denominado "*daños públicos ambientales*" o "*daños ambientales autónomos*" pues, dado que, como hemos señalado, el medio ambiente está fundamentalmente integrado por bienes públicos, existen multitud de atentados ambientales que no producen perjuicios individuales[16].

En estos casos de "daños ambientales autónomos", la inexistencia de derechos o intereses legítimos individualizados que hayan sido vulnerados como consecuencia del daño ambiental dificulta la posibilidad de pedir responsabilidad por la vía civil o de exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración.

(15) Citadas por C. DE MIGUEL PERALES, ob.cit., pp. 227 y ss. Como señala este autor, la Sentencia de 15 de marzo de 1993 es especialmente explícita en esta materia. Con ocasión de unos daños por emanaciones de gas y polvo arcilloso, el TS afirma que la finalidad única de la acción de responsabilidad extracontractual es la de obtener la reparación íntegra de los perjuicios causados, comprensivos tanto del daño emergente como del lucro cesante, por lo que al condenar a las demandadas al pago del importe de los gastos de regeneración de la finca y las secuelas de orden permanente que pudieran existir, cuando aparece probado que ello es necesario para el logro de dicha reparación, aunque no haya sido postulado en términos literales por el autor no se ha incurrido en incongruencia alguna.

(16) Como pone de relieve el profesor MARTÍN MATEO, "tratándose de daños ambientales es frecuentemente imposible, o sumamente difícil, justificar lesiones individualizadas, sobre todo de carácter económico, y además los efectos de la contaminación tienen trascendencia colectiva, aunque a la postre también redunden en mayor o menor medida en perjuicios para los sujetos aislados que componen la colectividad afectada" (*Tratado de Derecho Ambiental*, Trivium, Madrid, volumen 1, 1991).

En el caso de la *responsabilidad civil*, la legitimación para solicitarla la ostentan quienes han visto vulnerados sus derechos o intereses legítimos. Así lo establece la actual Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), que por primera vez ha regulado la cuestión de la legitimación (que no se hallaba específicamente tratada en la Ley de 1881), y que dispone con carácter general y salvo las excepciones expresamente previstas por la Ley (referidas fundamentalmente a los derechos e intereses de los consumidores y usuarios en cuanto colectividades), que "serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso" (art. 10, párrafo 1º), de tal forma que, como se señala en su Exposición de Motivos "De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos".

Por lo que respecta a la *responsabilidad patrimonial de la Administración*, el problema se plantea porque la LPC exige que el daño sea "efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas". Se requiere por tanto que el daño afecte a los derechos o intereses del reclamante, lo que disminuye en gran medida la eficacia del instituto de la responsabilidad como fórmula de protección del medio ambiente, cuando se trata de daños que no son residenciables en el patrimonio de una o varias personas, por su carácter difuso (pensemos en la contaminación atmosférica), o por afectar a bienes públicos (los montes públicos, la flora y la fauna silvestres, ...).

Se habla en este sentido, con gran expresividad, de "*lugares huérfanos*", en los que no existen intereses particulares que puedan verse afectados y que estimulen, por tanto, la acción de los ciudadanos en su defensa (pensemos, por ejemplo, en las lesiones a los hábitats protegidos y a las especies de flora y fauna que en ellos encuentran cobijo).

Un modo de superar estas dificultades sería que las Administraciones públicas, y singularmente los Ayuntamientos cuyos bienes se han visto afectados, ejercitaran las acciones de petición de responsabilidad. Esta posibilidad cuenta con un expreso respaldo legal en el art. 68 de la Ley de Bases de Régimen Local, en el que se dispone que "Las entidades locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos", permitiendo asimismo que, en caso de que la Administración local no actúe, lo hagan los vecinos por subrogación.

Otra manera de superar estos obstáculos procesales, que se está introduciendo por obra del Derecho comunitario y cuenta ya con un reconocimiento expreso, como veremos, en la Directiva sobre responsabilidad ambiental que analizaremos a continuación, sería el reconocimiento de que las ONG ambientales ostentan un interés legítimo para defender los intereses que constituyen su razón de ser.

VI. UN NUEVO RÉGIMEN COMUNITARIO DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE: LA DIRECTIVA 2004/35/CE SOBRE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN RELACIÓN CON LA PREVENCIÓN Y REPARACIÓN DE LOS DAÑOS AMBIENTALES

Ante estas especialidades que reviste la restauración de los daños ambientales, y la insuficiencia de los Estados para instaurar un sistema de responsabilidad efectivo para estos casos, la Comunidad Europea ha considerado necesario intervenir, y tras dos informes preparatorios de la Comisión de estudio y reflexión (el *Libro Verde sobre reparación de daños ecológicos* presentado en 1993[17], y el *Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental* publicado en 2000[18]), se ha aprobado, tras intensos debates, la Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad ambiental en materia de prevención y restauración de los daños ambientales[19]. La Directiva entró en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de la Comunidad Europea[20], y otorga a los Estados miembros un plazo para adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para dar cumplimiento a lo previsto en la Directiva hasta el 30 de abril de 2007.

EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ESTABLECIDO POR LA DIRECTIVA SE DIRIGE A LA PREVENCIÓN Y REPARACIÓN DE LOS DAÑOS QUE AFECTAN A LAS ESPECIES Y HÁBITATS NATURALES, A LAS AGUAS O AL SUELO

La Directiva comienza por justificar, en sus considerandos, la necesidad de actuación comunitaria desde el punto de vista, en especial, del principio de subsidiariedad, en virtud del cual la Comunidad sólo ha de intervenir en este ámbito, como en todos aquellos en los que no sean de su competencia exclusiva, "*en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contem-*

(17) COM (1993) 47 final (puede consultarse en la siguiente página del servidor de la Unión Europea: http://europa.eu.int/comm/off/green/index_es.htm).

(18) COM (2000), 66 final (puede consultarse en la siguiente página del servidor de la Unión Europea: http://europa.eu.int/comm/off/white/index_es.htm).

(19) Entre las publicaciones sobre la Directiva, en su fase de elaboración o Propuesta o ya aprobada, véanse: A. VERCHER NOGUERA, G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, y M. CASTAÑÓN DEL VALLE, *Responsabilidad ambiental. Penal, Civil y Administrativa*, Ecoiuris, Madrid, 2003; M. PARDO LEAL, "La futura Directiva sobre responsabilidad ambiental: de la responsabilidad civil a la responsabilidad administrativa", en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 225, 2003; M. CASTROVIEJO BOLÍVAR, "Quien contamina paga. Un paso decisivo en su aplicación con la directiva sobre responsabilidad ambiental", en *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, núm. 65, 2004; I. CHAMORRO, "Un nuevo régimen de responsabilidad comunitario por daños al medio ambiente: la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales", en *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, núm. 65, 2004.

(20) DOCE L 143, de 30 de abril de 2004.

plada, a nivel comunitario" (art. 5 del Tratado CE). En los considerandos se afirma así que "el objetivo de la presente Directiva, a saber, establecer un marco común para la prevención y la reparación de los daños medioambientales a un coste razonable para la sociedad no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente (...) puede lograrse mejor a nivel comunitario".

Los objetivos que, según se desprenden de sus considerandos, persigue el sistema común de prevención y reparación de daños ambientales que instaura la Directiva son fundamentalmente dos:

– La prevención y restauración, en la medida de lo posible, de los daños ambientales, a fin de lograr los objetivos y principios de la política de medio ambiente de la Comunidad. Se destaca en este sentido que "Actualmente existen en la Comunidad muchos parajes contaminados que presentan importantes riesgos sanitarios, y la pérdida de biodiversidad ha sufrido una notable aceleración durante las últimas décadas", y "La falta de acción puede acarrear un incremento de la contaminación y que la pérdida de biodiversidad aun sea mayor en el futuro". La finalidad con la que se aprueba la Directiva es, por tanto, doble, pues mediante el sistema de responsabilidad que arbitra pretende, en primer lugar, prevenir la producción de daños al medio ambiente, y para los casos en que estos daños lleguen a producirse, exigir, en segundo lugar, su reparación integral.

– La necesidad de que la prevención y la restauración de los daños ambientales se instrumenten mediante "el fomento del principio con arreglo al cual 'quien contamina paga', tal como se establece en el Tratado y coherentemente con el principio de desarrollo sostenible". Se afirma así que "El principio fundamental de la presente Directiva debe, por tanto, consistir en que un operador cuya actividad haya causado daños al medio ambiente o haya supuesto una amenaza inminente de tales daños sea declarado responsable desde el punto de vista financiero a fin de introducir a los operadores a adoptar medidas y desarrollar prácticas dirigidas a minimizar los riesgos de que se produzcan daños medioambientales, de forma que se reduzca su exposición a responsabilidades financieras".

Para la consecución de estos dos objetivos, la acción a nivel comunitario es necesaria, como justificaba el memorándum explicativo de la propuesta de Directiva, debido a que:

– No todos los Estados miembros han adoptado medidas en materia de responsabilidad de daños ambientales que permitan hacer efectivo el principio "quien contamina paga".

– La mayor parte de la legislación de los Estados en la materia no vinculan a las autoridades públicas a asegurar que los denominados "lugares huérfanos" (lugares contaminados en los que los responsables no pueden ser hallados o son insolventes), contaminados después de la entrada en vigor de la legislación, son efectivamente descontaminados. Por lo tanto, la legislación nacional no asegura que el objetivo ambiental –la restauración– sea logrado.

– El hecho de que cada Estado regule la responsabilidad civil de modo diferenciado puede convertirse en un elemento distorsionador de la libre competencia entre los Estados miembros. Si un Estado aplica un sistema mucho más riguroso de responsabilidad por daños ambientales las empresas que actúen en su territorio tendrán una desventaja competitiva respecto de aquellas que operen en países con legislaciones más flexibles, que gravarán menos su funcionamiento con medidas para prevenir o reparar los daños ambientales.

Vamos a exponer a continuación las características esenciales del régimen del nuevo régimen comunitario de responsabilidad ambiental que viene a modificar y a completar los sistemas nacionales para procurar alcanzar "un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente", de acuerdo con la misión que le reconoce a la Comunidad su Tratado constitutivo (art. 2).

A) Ámbito de aplicación

Por lo que respecta a su ámbito de aplicación, el sistema de responsabilidad establecido por la Directiva se dirige a la prevención y reparación de determinados daños ambientales autónomos o públicos, como son los que afectan a las especies y hábitats naturales, a las aguas o al suelo, que como hemos expuesto, son los que reciben una atención más deficitaria en los sistemas nacionales, por lo que, como señala en sus considerandos "no se aplica a las lesiones causadas a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños". En su art. 3, relativo al ámbito de aplicación, se establece en este sentido expresamente que "Sin perjuicio de la legislación nacional pertinente, la presente Directiva no concederá a los particulares derechos de indemnización con motivo de daños medioambientales o de una amenaza inminente de los mismos".

La Directiva cubre exclusivamente, por tanto, los "*daños ambientales*", definiendo como tales (art. 2):

a) Los daños a las especies y hábitats naturales protegidos, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies. La Directiva precisa que por "especies y hábitats naturales protegidos" han de entenderse:

– Las especies comprendidas en determinados Anexos y preceptos de la Directiva 79/409/CEE, sobre aves silvestres, y la Directiva 92/43/CEE, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la flora y la fauna silvestres, conocida como "Directiva hábitat"[21].

(21) La Directiva hábitat instaura una red europea de protección de hábitats y de especies de flora y fauna conocida como *red Natura* 2000, en la que se integran las *zonas de especial protección de las aves* (ZEPAS), designadas por los Estados miembros con arreglo a las disposiciones de la Directiva sobre la protección de las aves silvestres, así como las *zonas especiales de conservación* (ZECONS), designadas por los Estados miembros de acuerdo con las disposiciones establecidas por la Directiva habitat.

– Pero además, los daños a la biodiversidad que contempla la Directiva sobre responsabilidad ambiental incluyen también "en caso de que así lo determine un Estado miembro, cualesquiera hábitats o especies no enumerados en dichos anexos que el Estado miembro designe para fines equivalentes a los establecidos en estas dos Directivas". Se permite así que los Estados miembros incrementen el ámbito de protección de los recursos naturales que ofrece esta Directiva.

b) Los daños a las aguas, es decir "cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico" de las aguas, entendiendo por tales todas las consideradas en la Directiva Marco de aguas (Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre), cuya protección abarca las aguas superficiales continentales, las aguas de transición (definidas como "las masas de agua superficial próximas a la desembocadura de los ríos que son parcialmente salinas como consecuencia de su proximidad a las aguas costeras, pero que reciben una notable influencia de flujos de agua dulce"), las aguas costeras y las aguas subterráneas.

c) Los daños al suelo, considerando como tales "cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo.

Por lo que respecta a la contaminación atmosférica, ésta no se halla expresamente contemplada en la Directiva, pero puede entrar indirectamente en su ámbito de aplicación porque siempre que los daños al agua, suelo o hábitats naturales sean consecuencia de la emisión a la atmósfera de cualquier elemento nocivo (como pueden ser sustancias, materia o radiaciones), estos daños se incluirán en el ámbito de aplicación de la norma, tal y como se precisa en el considerando 4 de la Directiva.

El sistema de prevención y reparación de daños ambientales de la Directiva se aplica únicamente a determinadas actividades (art. 3), que son:

a) Las enumeradas en el Anexo III de la Directiva, que, como se señala en sus considerandos, "se identifican, en principio, por referencia a la legislación comunitaria pertinente que establece los requisitos normativos respecto de determinadas prácticas que entrañan un riesgo potencial o real para la salud humana o el medio ambiente". Todas las actividades se definen por referencia a las normas comunitarias que las regulan, como son, entre otras muchas: las instalaciones sujetas a la Directiva 96/61/CE, relativa a la prevención y el control integrados de la contaminación; las actividades de gestión de residuos sujetas a permiso o registro de acuerdo con la Directiva 75/442/CE del Consejo, de 15 de julio, de residuos, modificada por la Directiva 91/156/CEE, del Consejo, de 18 de marzo; los vertidos a las aguas continentales sujetos a permiso, autorización o registro de acuerdo con las Directivas comunitarias que se enumeran, o la utilización confinada o liberación intencional en el medio ambiente, transporte y modificación de organismos modificados genéticamente, cuya regulación se contiene en las Directivas 90/219/CE y 2001/18/CE.

Esta vinculación del régimen de responsabilidad a la normativa comunitaria presenta la ventaja, tal como señalaba el *Libro Blanco de Responsabilidad Ambiental*, "de garantizar una óptima seguridad jurídica" en lo que a los supuestos de aplicación de la Directiva se refiere, y de proporcionar "una serie de incentivos suplementarios para la correcta observación de las normativas nacionales que vehiculan la aplicación de la legislación ambiental comunitaria", pues de este modo, la violación de estas leyes, además de las sanciones administrativas o penales previstas, entraña en todo caso la obligación del responsable de reparar o indemnizar los daños causados.

b) Además de la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva establecido por la Directiva a las actividades enumeradas en el Anexo III, se establece la responsabilidad subjetiva, esto es "siempre que haya habido culpa o negligencia", para cualquier actividad profesional que dañe o amenace con causar de un modo inminente un daño a las especies y hábitats naturales. Con ello se pretende reforzar la protección de la biodiversidad, lo que se justifica, como expuso el "Libro Blanco" en atención a que las Directivas que establecen la Red Natura 2000 "tienen como objetivo la protección de los recursos naturales a los que hacen referencia independientemente de cuál sea la actividad que provoque los daños y de que dichos recursos son vulnerables y corren el riesgo de sufrir daños causados por actividades que no son intrínsecamente peligrosas".

DEBERÍA UTILIZARSE LA EXPRESIÓN "DERECHO DE DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE" PARA ENGLOBAR TODOS LOS MECANISMOS DIRIGIDOS A LA PREVENCIÓN DE DAÑOS INMINENTES Y LOS DISTINTOS SISTEMAS DE REPARACIÓN O INDEMNIZACIÓN DE LOS YA PRODUCIDOS

La Directiva no contempla, por tanto, los daños a la atmósfera, pero indirectamente se contemplan también pues, como se precisa en los considerandos de la misma, "Por daño medioambiental debe entenderse también los daños provocados por los elementos transportados por el aire siempre que causen daños a las aguas, al suelo o a especies y hábitats naturales protegidos".

No se aplica el régimen de responsabilidad establecido en la Directiva a los supuestos de daños o amenazas inminentes de daños: derivados de un conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección; derivados de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible; o los que se deriven de actividades cuyo propósito sea servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional, o de las actividades cuyo único propósito sea la protección contra los desastres naturales.

Tampoco se aplica la Directiva a los daños regulados en Convenios internacionales (de los previstos en el Anexo IV), ni a los derivados de las actividades previstas en el Tratado por el que se establece la Comunidad Europea de la Energía Atómica o que tengan su origen en incidentes relativos a la energía nuclear para los que exista un Convenio que regule la responsabilidad de los Estados miembros (de los previstos en el Anexo V).

Hay que señalar, por último, que la Directiva no tiene carácter retroactivo, por lo que los daños causados antes de la expiración del plazo de transposición no están cubiertos por sus disposiciones, y establece un plazo máximo para la exigencia de responsabilidad desde la producción de los daños de treinta años (art. 30).

B) Se trata de un sistema con el que se trata no sólo de reparar sino también de prevenir los daños ambientales

Con el régimen de responsabilidad previsto en la Directiva se trata no sólo de reparar sino también de prevenir los daños ambientales, lo cual no responde a la concepción tradicional de la responsabilidad, en cuanto que, como coincide en señalar la doctrina, la nota característica de la responsabilidad extracontractual, tanto la de carácter civil como administrativo, radica en la producción de un daño que debe ser objeto de reparación[22].

La Directiva amplía, sin embargo, el ámbito de la responsabilidad ambiental a la prevención de los daños cuya producción se considere inminente, que se configura como un deber del operador en virtud del cual "Cuando aún no se hayan producido los daños medioambientales pero exista una amenaza inminente de que se produzcan, el operador adoptará, sin demora, las medidas preventivas necesarias"(art. 5). La autoridad pública competente encargada de velar por el medio ambiente podrá, en consecuencia, en cualquier momento:

a) exigir al operador que facilite información sobre toda amenaza inminente de daño medioambiental cuado sospeche que va a producirse esa amenaza inminente;

b) exigir al operador que adopte las medidas preventivas necesarias;

c) dar al operador instrucciones a las que deberá ajustarse sobre las medidas preventivas necesarias que deberá adoptar, o

(22) Por lo que respecta a la responsabilidad civil extracontractual podemos citar en este sentido a C. LASARTE ÁLVAREZ, para quien "La nota característica básica de la responsabilidad extracontractual radica sin duda *en la producción de un daño que debe ser objeto de reparación*, sin que se requiera la existencia de vínculo obligatorio o relación jurídica alguna entre el autor del daño y la víctima del mismo" (*Principios de Derecho Civil*, tomo segundo, *Derecho de Obligaciones*, Marcial Pons, Madrid, 2003), y en cuanto a la responsabilidad patrimonial de la Administración, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ resultan categóricos cuando afirman que, debido a la progresiva objetivización de la responsabilidad de la Administración, prescindiéndose cada vez más de la concepción de la responsabilidad como una sanción a una conducta culpable, "La responsabilidad pasa así a convertirse en un mecanismo que se pone en funcionamiento sólo y en la medida en que se haya producido una lesión patrimonial en sentido propio a resultas de la acción u omisión de la Administración", con lo que "El concepto de lesión se convierte de este modo en el auténtico centro de gravedad del sistema" (*Curso de Derecho Administrativo*, II, 8ª edición, Civitas, Madrid, 2002).

d) adoptar por sí misma las medidas preventivas necesarias, en aquellos casos en que el operador incumple sus obligaciones, no puede ser identificado o no está obligado a sufragar los costes en virtud de lo que dispone la Directiva.

Estamos así ante un sistema de "prevención y reparación de daños" que excede de la institución de la responsabilidad extracontractual tal y como ésta se configura tradicionalmente en nuestro ordenamiento, por lo que a nuestro entender más que hablar de responsabilidad por daños sería más propio utilizar la expresión más amplia de "Derecho de daños al medio ambiente", para englobar todos los mecanismos dirigidos a la prevención de daños inminentes y los distintos sistemas de reparación o indemnización de los ya producidos.

C) La Directiva introduce un nuevo sistema de "responsabilidad de derecho público" por daños al medio ambiente

El régimen que pretende introducir la Directiva es, como se deriva de su ámbito de aplicación y de las obligaciones que asigna a las autoridades públicas competentes, el de una "responsabilidad de derecho público por daños al medio ambiente" que supla las insuficiencias del sistema tradicional de responsabilidad civil para reparar los daños ambientales, en especial cuando se trata de recursos naturales que no son de propiedad privada. Además, incluso cuando los recursos naturales son de propiedad privada, los daños puramente ambientales pueden no estar tampoco suficientemente cubiertos por el sistema de responsabilidad civil porque, o bien no afecten personalmente al propietario, o bien aunque le afecten y éste obtenga una indemnización no se prevea, como suele suceder, la obligación de dedicar el dinero de la indemnización a la restauración del entorno dañado.

Se trata de un régimen de responsabilidad que, de acuerdo con la aplicación del principio "quien contamina paga", pretende que la responsabilidad por los daños al medio ambiente, o por la amenaza de que los mismos se produzcan, recaiga sobre el responsable de la actividad productora del daño, que se denomina "operador" y se define de un modo muy amplio[23], y se pretende además que dicha responsabilidad sea de carácter objetivo, lo que significa, como hemos visto, que su fundamento radica en el riesgo generado por la actividad que se desarrolla, por lo que no es preciso que concurra dolo, culpa o negligencia para que surja la responsabilidad.

La autoridad competente exigirá así que el operador adopte las medidas preventivas o reparadoras pero, en caso de que no lo hiciera o si así lo estimara conveniente, adoptará

(23) La Directiva define a la persona responsable, que denomina "operador", de un modo muy amplio, pues puede ser "cualquier persona física o jurídica, privada o pública, que desempeñe o controle una actividad profesional, cuando así lo disponga la legislación nacional, que ostente, por delegación, un poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico de esa actividad, incluido el titular de un permiso o autorización para la misma, o la persona que registre o notifique tal actividad" (art. 2.6). Se trata, por tanto, de que responda la persona que ejerza el control de la actividad incluida en el ámbito de aplicación del régimen que haya ocasionado los daños. En el caso de que sean varios los responsables, la Directiva deja en manos del legislador nacional la facultad de establecer un régimen proporcional o solidario de responsabilidad.

por sí misma las medidas preventivas o reparadoras y luego exigirá al operador los costes ocasionados por dichas medidas, pudiendo para ello recurrir al "embargo de muebles u otras garantías adecuadas".

Sin embargo, constituye una preocupación fundamental de la Directiva *que en ningún caso el daño ambiental quede sin reparación*, disponiendo al efecto que *las autoridades públicas competentes deben adoptar las medidas preventivas o reparadoras necesarias en cualquier caso*, aun en aquellos supuestos en los que, o bien no sea posible identificar al operador que causó el daño o el riesgo inminente de daño; o bien el operador sí pueda ser identificado pero resulte insolvente; o cuando, por último, no deba asumir, de acuerdo con las disposiciones de la Directiva, el coste de las medidas de reparación o restauración, con lo que se establece una suerte de "responsabilidad pública subsidiaria" para la prevención y reparación de los daños ambientales objeto de la Directiva.

Los supuestos contemplados en los que se exime o puede eximirse al operador de sufragar los gastos del erario público son, en concreto, los siguientes (art. 4):

– "La autoridad competente podrá decidir no recuperar los costes íntegros cuando los gastos necesarios para hacerlo sean superiores al importe recuperable, o cuando no pueda identificarse al operador". Ha de tenerse en cuenta, en este sentido, que la exigencia de relación de causalidad resulta insoslayable cualquiera que sea el sistema de responsabilidad adoptado, de tal forma que, como precisa la Directiva "sólo se aplicará a los daños medioambientales, o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos".

– Se contemplan numerosas causas de exención de responsabilidad al operador. En primer lugar, se enuncian las tradicionales, como son que el operador pueda demostrar que los daños o la amenaza inminente de los mismos:

a) fueron causados por un tercero, habiéndose producido a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas, o

b) se produjeron como consecuencia del cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria cursada por una autoridad pública.

– Pero se faculta además a los Estados miembros para eximir al operador del coste de las medidas reparadoras cuando demuestre que no ha habido culpa o negligencia por su parte y que el daño medioambiental ha sido causado por:

a) Una emisión o un hecho autorizados mediante autorización expresa, y plenamente ajustados a las condiciones en ella fijadas, concedida por, u otorgada de conformidad con, las disposiciones legales y reglamentarias aplicables que incorporan las medidas legislativas adoptadas por la Comunidad que determinan el ámbito de aplicación de la Directiva.

b) Una emisión o actividad respecto de las cuales el operador demuestre que no se habían considerado potencialmente perjudiciales para el medio ambiente según el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento en que se produjo la emisión o tuvo lugar la actividad.

Esta segunda causa de posible exención de responsabilidad, aunque se halla ya recogida en nuestro ordenamiento jurídico, pues en la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración se establece que "No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos" (art. 141.1), puede sin embargo dejar sin efecto el sistema de responsabilidad objetiva para el supuesto de daños ocasionados en el futuro por la utilización confinada o liberación intencional en el medio ambiente, transporte y modificación de organismos modificados genéticamente, cuya regulación comunitaria se basa en gran medida en el principio de precaución, al no existir todavía evidencias científicas incontrovertidas sobre los daños que pueden ocasionar al medio ambiente.

Más peligrosa resulta aun a nuestro entender para la efectividad de la Directiva la primera posible causa de exención de responsabilidad que pueden incorporar los Estados miembros, pues si se hace en términos amplios puede llegar a desvirtuar el régimen de responsabilidad objetiva que establece. En realidad, este supuesto está pensado, como se desprende del "Libro Blanco" para supuestos muy extraordinarios, de daños causados, por ejemplo, "por vertidos autorizados con arreglo a la normativa comunitaria, en ámbitos como los de la tecnología punta y el desarrollo tecnológico". La autorización ha de ir referida expresamente, en todo caso, al vertido, emisión o hecho productor de daños ambientales en concreto, y no al desarrollo de la actividad, salvo que la autorización para la misma expresamente contemple un determinado grado de contaminación admisible, por inevitable, en el ejercicio de la actividad.

Cuando la autoridad estatal asuma las medidas de prevención o de restauración y el operador esté obligado a rembolsar los costes, la insolvencia de los operadores es un factor que puede dificultar la recuperación por las autoridades competentes de los mismos, conforme al principio "quien contamina paga",

LAS AUTORIDADES PÚBLICAS COMPETENTES DEBEN ADOPTAR LAS MEDIDAS PREVENTIVAS AUN CUANDO NO SEA POSIBLE IDENTIFICAR AL OPERADOR QUE CAUSÓ EL DAÑO O EL RIESGO DE DAÑO O CUANDO, PUDIENDO SER IDENTIFICADO, RESULTE INSOLVENTE

pero su impacto puede quedar limitado gracias a un seguro financiero adecuado del daño potencial. En este sentido, la Directiva dispone que los Estados miembros "adoptarán medidas para fomentar el desarrollo, por parte de los operadores económicos y financieros correspondientes, de mercados e instrumentos de garantía financiera, incluyendo mecanismos financieros en caso de insolvencia, con el fin de que los operadores puedan recurrir a garantías financieras para hacer frente a sus responsabilidades en virtud de la presente Directiva" (art. 14.1).

El aseguramiento de los riesgos se establece así en principio con carácter voluntario (aunque nada impediría a los Estados introducir un sistema de seguro obligatorio), a pesar de la importancia que ello tiene para evitar que las empresas traten de eludir la responsabilidad (por ejemplo, escindiendo o delegando en empresas más pequeñas y con menos solvencia las actividades de producción que representan un riesgo importante), y de la mejora en general que introduce en el comportamiento ambiental de las empresas (para obtener una póliza de seguros las empresas deben someterse por lo general a una auditoría ambiental y se les suele exigir que cuenten con un sistema eficaz de gestión de riesgos).

La contratación de seguros fue la cuestión que produjo mayores discrepancias entre el Parlamento Europeo y la Comisión, pues mientras el primero se inclinaba por hacerlos obligatorios, la Comisión prefería no imponerlos de momento, por considerar, como se dice en el "Libro Blanco" que "Mientras no existan técnicas de medición comúnmente aceptadas que permitan cuantificar los riesgos ambientales, será difícil determinar los niveles de responsabilidad", lo que ocasionaría dificultades y resistencias a su implantación. Finalmente se llegó a la solución de compromiso de instar a los Estados a que fomenten su desarrollo, y de que en el informe sobre la aplicación de la Directiva que la Comisión deberá presentar antes de 30 de abril de 2010 se evalúen todos los aspectos relativos a las condiciones de los seguros y otros tipos de garantías financieras a fin de que, "tras una exhaustiva evaluación de impacto, que incluya un análisis de rentabilidad, la Comisión, si procede, hará propuestas relativas a un sistema de garantía financiera armonizada" (art. 14.2).

D) Se establece un innovador sistema procedimental y de legitimación para instar la prevención o reparación de daños

Por último, hay que destacar que este régimen singular, que hemos calificado como un "régimen público de responsabilidad para la prevención y reparación de los daños ambientales autónomos comporta", como no podía ser de otro modo, importantes diferencias de carácter procedimental y de legitimación respecto a los sistemas tradicionales de responsabilidad extracontractual.

Por lo que respecta al *procedimiento*, mientras en los sistemas de responsabilidad civil tradicionales cualquier persona que sufre un daño puede reclamar ante los tribunales la reparación del perjuicio sufrido o la obtención de una indemnización compensatoria, en el sistema de responsabilidad diseñado por la propuesta de Directiva, el particular, o

las entidades habilitadas por esta norma para reclamar, no podrán dirigirse a un tribunal demandando reparación o exigiendo el cobro de la indemnización, sino que deberán comunicar el hecho causante del daño a la autoridad pública competente, presentándole las observaciones que obren en su conocimiento y solicitando que actúe de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva (art.12).

Ello es así porque la responsabilidad de velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Directiva recae *prima facie*, como hemos visto, sobre la autoridad pública competente. Ésta, si considera que se ha producido un daño en los términos definidos por la Directiva, deberá actuar de conformidad con lo previsto en la legislación que la transponga, y sólo en el caso de que no actúe o de que se considere que no lo ha hecho de acuerdo con las prescripciones legales, la Directiva (art. 13) reconoce al demandante la posibilidad de acudir a la jurisdicción competente (que habrá de ser en nuestro país, al tratarse de una reclamación contra la Administración, la contencioso-administrativa), ante la que podrá denunciar la ilegalidad de las decisiones, actos y omisiones de la autoridad competente.

En cuanto a la *legitimación*, hay que señalar que uno de los aspectos más destacables de la Directiva es el expreso reconocimiento de legitimación activa para instar las medidas de reparación de daños, tanto en la vía administrativa como en la judicial, a "las organizaciones no gubernamentales que trabajen en la protección del medio ambiente y que cumplan los requisitos establecidos por la legislación nacional", pues se afirma que cuando las legislaciones nacionales exijan un "interés suficiente" para actuar, habrá de considerarse suficiente "el interés de las organizaciones no gubernamentales que trabajen en la protección del medio ambiente y que cumplan los requisitos establecidos en la legislación nacional", y se considera asimismo que "dichas organizaciones tienen derechos que pueden ser vulnerados" en el caso de que la legislación nacional exija como requisito previo la alegación de la vulneración de un derecho (art. 12).

Esta regulación de la legitimación constituye un primer hito fundamental en la legitimación activa en vía administrativa y judicial de las Asociaciones ecologistas, a las que habrá que reconocer *ex lege* este derecho en el ámbito de la responsabilidad ambiental regulado por la Directiva, y permitirá sin duda una mejor tutela del medio ambiente, dado que, como se señala en el memorándum explicativo de la Directiva "los individuos con frecuencia no van a actuar o no van a estar en posición de actuar para la protección del medio ambiente al ser éste un interés difuso". Esta legitimación activa de las asociaciones ambientales puede verse ampliada sustancialmente de aprobarse la *Propuesta de Directiva sobre el acceso a la justicia en materia de medio ambiente* [COM (2003) 624 final], en la que se recoge la obligación de los Estados miembros de garantizar con carácter general el acceso de las entidades habilitadas, que cumplan los requisitos y estén reconocidas de conformidad con lo que establecen sus disposiciones, "a los procedimientos de medio ambiente, incluidas las medidas cautelares, sin necesidad de que tengan un interés suficiente ni de que aleguen la vulneración de un derecho, cuando el objeto del recurso que se presente esté específicamente incluido en las actividades estatutarias de las entidades habilitadas, y el recurso se inscriba en la zona geográfica específica de actividad de las entidades habilitadas".

Problemas actuales de la Justicia Administrativa(*)

DIEGO MARÍN-BARNUEVO FABO

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario:

I. Introducción. II. La dilación del proceso. III. La pérdida de valor de la jurisprudencia. IV. El aumento de valor de la litispendencia. V. La falta de especialización de jueces y magistrados. VI. La ineficiencia en la ejecución de sentencias. VII. La condena en costas. VIII. Las tasas judiciales. IX. El distanciamiento entre el prestador del servicio –los órganos jurisdiccionales– y el destinatario del mismo –el administrado–. X. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La destacada preocupación de los últimos años por la evaluación de la calidad de los servicios ha alcanzado también a la Administración de Justicia, que cada día participa más claramente de las características de un servicio público esencial y, con ello, se distancia de su tradicional consideración como un Poder omnímodo, independiente e incontrolable[1]. Y es que, como afirmara NIETO, se está produciendo en los últimos tiempos una apreciable *desacralización del mundo del Derecho* que, entre otras cosas, determina que los jueces ya no sean vistos "como un sacerdote de la ley, sino como un personaje de reacciones sorprendentes, dotado de desmesurados poderes públicos que, por causas rigurosamente personales y de ordinario incomprensibles, hace o deshace destinos individuales y ataca o defiende al Poder. En consecuencia, hay que acercarse a él y estudiarlo *sine ira ac studio* como un fenómeno más de los muchos que nos afectan"[2].

(*) El presente trabajo fue realizado por encargo del Observatorio Justicia y Empresa y fue utilizado como documento base de discusión sobre el estado de la justicia contencioso-administrativa en distintos seminarios organizados en el Instituto de Empresa con profesionales del Derecho. Como resultado de esos seminarios se elaboró un documento final, de contenido más amplio, en el que se incluyen las aportaciones de los participantes en los seminarios, publicado por el Instituto de Empresa junto con los demás Informes elaborados sobre la justicia civil, penal y social.

(1) Como afirma SÁNCHEZ MORÓN (2001), la consideración de la Administración de Justicia como un servicio es condición necesaria para lograr un efectivo pacto sobre la justicia.

(2) NIETO (2000).

Ese acercamiento curioso y constructivo a la Administración de Justicia se ha producido en los últimos años por parte de economistas y sociólogos, que han realizado trabajos de evaluación de su calidad con una metodología propia del análisis económico de las instituciones jurídicas[3] y han revelado, para sorpresa de muchos, que resulta posible *medir* los principales indicadores de calidad de ese importante servicio público y, consecuentemente, también es posible *medir* la eficacia de las políticas públicas orientadas a su mejora[4].

El presente trabajo tiene una dimensión claramente menor, pues está referido exclusivamente a la justicia administrativa, y pretende, mediante la identificación de sus principales problemas, contribuir a la mejora de la calidad de ese servicio público esencial[5]. La responsabilidad del trabajo realizado es exclusivamente personal, aunque buena parte de las consideraciones contenidas en el mismo provienen de la información obtenida de las publicaciones citadas y de las entrevistas realizadas a diversos profesionales y amigos que, de forma totalmente desinteresada, han dedicado parte de su tiempo a reflexionar sobre los problemas aquí planteados.

II. LA DILACIÓN DEL PROCESO

Las encuestas realizadas en los últimos años sobre la calidad de la Justicia en España coinciden al afirmar que la dilación es su principal problema[6]. Se trata de un problema que afecta a todos los órganos jurisdiccionales y que, lógicamente, tiene una manifestación específica en el ámbito de lo contencioso-administrativo, cuyas características más importantes veremos seguidamente[7].

Para ello puede resultar conveniente conocer, en primer lugar, los datos contenidos en la Memoria de 2003 del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) sobre la duración del proceso en las diversas instancias de lo contencioso-administrativo, en donde se constata una duración media del proceso desigual en las distintas instancias judiciales:

(3) *Vid.* PASTOR (1993).

(4) PASTOR (2003), menciona como principales rasgos de un buen sistema judicial los siguientes: independencia e imparcialidad; competencia; acceso a la justicia; eficiencia; eficacia; sin dilaciones; de calidad; previsible; equitativa; transparente, responsable, que rinda cuentas.

(5) Como afirmara SÁNCHEZ MORÓN (2001), la reflexión sobre estos datos parece hoy tanto o más necesario que "producir doctrina" si se quiere contribuir al perfeccionamiento de la justicia administrativa.

(6) El 81 por ciento de los españoles encuestados en 2002 (el mismo porcentaje en el año 2000) considera que "la Administración de Justicia es tan lenta, que siempre que se pueda más vale evitar acudir a ella" (TOHARIA, 2003).

(7) Uno de los efectos perversos de la dilación en el proceso, específico de la jurisdicción contencioso-administrativa, es la desaparición de estímulos para mejorar la eficacia de la Administración, porque, cuando la Administración siente que sus decisiones son realmente fiscalizables en tiempo real tiende a una actuación más justificada, más razonable y sobre todo, más fundada en Derecho (PALOMAR, 2002).

GRÁFICO 1

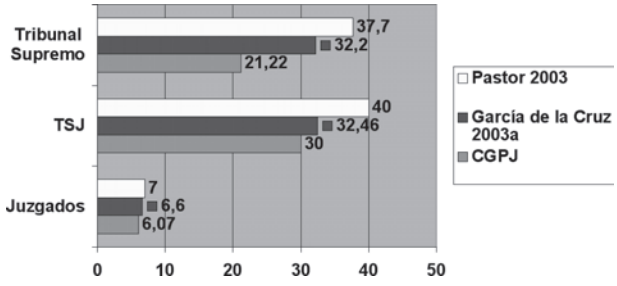
Duración media de los procesos contencioso-administrativos (en meses) según el CGPJ

Duración media en meses					
		1999	2000	2001	2002
1	Juzgado Central C-Admtvo.		6,34	4,53	4,39
2	Juzgados C-Admtvo.		6,07	5,92	5,95
3	TSJ Sala C-Admtvo.	29,15	30,87	33,61	33,08
4	AN Sala C-Admtvo.	20,00	17,68	15,47	16,08
5	Tribunal Supremo Sala 3ª	20,59	21,22	20,41	20,33
	Total jurisdicción	26,25	23,68	21,03	19,04

Aunque resultaría pretencioso por nuestra parte cuestionar la validez de los datos publicados por el CGPJ y los métodos seguidos para su cálculo, sí consideramos oportuno destacar la existencia de diferencias relevantes entre los resultados ofrecidos por el CGPJ y los contenidos en otros trabajos especializados sobre la materia[8]:

GRÁFICO 2

Duración media de los procesos contencioso-administrativos en el año 2000, según la fuente



A partir de estos datos sería posible extraer una primera valoración sobre la dilación del proceso en la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque quizás resulte conveniente realizar algunas consideraciones adicionales para comprender mejor el contexto de esas mediciones y lograr así unas conclusiones más sólidas.

LA IMPLANTANCIÓN DE LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO HA SUPUESTO LA REDUCCIÓN DEL NÚMERO DE ASUNTOS INGRESADOS EN LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA Y, POR TANTO, DE LOS TIEMPOS MEDIOS DE FINALIZACIÓN DE LOS PROCESOS EN ESA INSTANCIA

(8) Es cierto que los datos calculados por GARCÍA DE LA CRUZ (2003a) y PASTOR (2003) están obtenidos de muestras sectoriales, limitadas a algunos Tribunales Superiores de Justicia. Por su parte, CLERIES (2002), afirma que la duración media de proceso en la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Cataluña es aproximadamente de cuatro años.

En este sentido conviene destacar, en primer lugar, que el proceso contencioso-administrativo se rige por unas nuevas reglas cuya entrada en vigor tuvo lugar en 1999[9], como resultado de una reforma legislativa motivada fundamentalmente por la preocupación por conseguir un equilibrio entre el acierto y la calidad de las sentencias judiciales, y la *celeridad de los procesos y la efectividad de lo juzgado*[10]. Por tanto, en la valoración de las estadísticas existentes sobre la materia es preciso recordar la existencia de esta importante modificación de las normas procesales que, sin duda, marca un hito en el estudio de la actividad judicial contencioso-administrativa.

Precisamente, una de las principales consecuencias de la entrada en vigor de la nueva LJCA fue la puesta en funcionamiento de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo[11], que, como es sabido, son órganos unipersonales que desarrollan buena parte de sus actuaciones de acuerdo con el principio de oralidad, lo que les ha permitido hasta el momento finalizar sus actuaciones en un período tiempo sensiblemente inferior al resto de órganos jurisdiccionales[12]. Además, la implantación de estos nuevos órganos judiciales ha supuesto la reducción del número de asuntos ingresados en los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ), lo que lógicamente debería haber supuesto una reducción de los tiempos medios de finalización de los procesos en esta instancia[13] que, según revelan las estadísticas, no ha tenido lugar[14].

También es oportuno destacar la incompatibilidad de actuación de diversos órganos jurisdiccionales: los Juzgados son incompatibles entre sí y la Audiencia Nacional (AN) es incompatible con el Tribunal Superior de Justicia. Por tanto, aunque en las estadísticas aparezcan mencionadas cinco sedes judiciales distintas, sería incorrecto estimar que la duración del proceso más largo posible viene determinada por la suma de la duración media de cada uno de ellos.

Es más, las posibilidades de recurso contra las sentencias dictadas en primera instancia son bastante limitadas y por ello la mayoría de esas resoluciones no son susceptibles de

(9) Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA en lo sucesivo), que derogaba la anterior LJCA de 1956.

(10) Tal y como recoge la Exposición de Motivos de la LJCA.

(11) Dichos Juzgados estaban previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, y también en la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, pero su implantación no fue efectiva hasta la entrada en vigor de la nueva LJCA.

(12) La LJCA ha introducido dos modalidades de proceso para los Juzgados: el procedimiento abreviado, caracterizado por la oralidad y celeridad; y el ordinario, escrito y con unos plazos para cada una de las actuaciones sensiblemente más amplios que el anterior. SÁNCHEZ MORÓN (2001), se manifiesta claramente satisfecho de la implantación de los procedimientos abreviados y postula su ámbito de aplicación a los Juzgados Centrales (aunque no tiene "tan claro, en cambio, que deba aplicarse también por las Salas, al menos de momento").

(13) *Vid.*, en este mismo sentido, SÁNCHEZ MORÓN (2001).

(14) En efecto, según revelan las estadísticas anteriormente extractadas, la duración media de los procesos contencioso-administrativos en 2002 supera en un 10 por ciento a la de 1999 y 2000.

recurso de apelación[15]. En concreto y en relación con 2002, la tasa de resoluciones de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo revisadas por el Tribunal Superior de Justicia en virtud de un recurso de apelación fue del 10,05 por ciento[16]; mientras que, para ese mismo año, la tasa de resoluciones de los Juzgados Centrales de lo Contencioso revisadas por la Audiencia Nacional a consecuencia de un recurso de apelación fue del 27,83 por ciento[17]. Esa tasa es sensiblemente inferior en el caso de las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia, cuya tasa de revisión por parte del Tribunal Supremo (TS) a través de recursos de casación apenas llega al 3,95 por ciento[18].

De lo expuesto se desprende que tanto el TSJ como la AN y el TS pueden conocer tanto de los recursos contencioso-administrativos para los que sean competentes en primera o única instancia, como de los recursos de apelación (TSJ o AN) o de casación (TS) interpuestos contra resoluciones dictadas por un órgano jurisdiccional inferior[19].

Y, por la incidencia que tiene en el estudio de la dilación, todavía es necesario destacar las especialidades existentes para la impugnación de actos de naturaleza tributaria[20]. En estos casos, la tradicional y necesaria revisión previa en sede administrativa tiene lugar a través de un procedimiento especial, el denominado *procedimiento de reclamaciones económico-*

(15) Precisamente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo es la peor valorada por los abogados encuestados, que le conceden 2'85 puntos sobre 10 en la cuestión referida al cumplimiento de los plazos legales. (Según la *Encuesta a usuarios de la Administración de Justicia*, realizada por el CGPJ en diciembre de 2001.)

(16) Porcentaje calculado por nosotros a partir de los datos contenidos en la Memoria del CGPJ (2003), en función de los datos sobre número de resoluciones de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (72.941) y el número de sentencias dictadas por el TSJ en recursos de apelación (7.334).

(17) Porcentaje calculado por nosotros a partir de los datos contenidos en la Memoria del CGPJ (2003), en función de los datos sobre número de resoluciones de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (3.169) y el número de sentencias dictadas por el TSJ en recursos de apelación (882).

(18) Porcentaje calculado por nosotros a partir de los datos contenidos en la Memoria del CGPJ (2003), en función de los datos sobre número de resoluciones del TSJ y de la AN (110.960) y el número de sentencias dictadas por el TS en recursos de casación (4.391). Para ese cálculo hemos ignorado las resoluciones de los Juzgados, porque sólo son susceptibles de recurso de alzada en supuestos extraordinarios. Aunque el porcentaje puede parecer bajo, parece corresponderse con la función encomendada a dicho Tribunal, consistente en garantizar la unidad del ordenamiento mediante su labor interpretativa y la elaboración de doctrina legal (SÁNCHEZ MORÓN, 2001).

(19) El Tribunal Constitucional no tiene naturaleza jurisdiccional y por ello la dilación de sus proceso debe tratarse de forma específica, aunque sí merece ser destacado que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos le ha declarado incumplidor del derecho al plazo razonable establecido en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (sentencia Díaz Aparicio, de 11 de octubre de 2001) y le ha condenado a indemnizar a los perjudicados por dicha dilación [más información puede verse en COBREROS (2001)].

(20) Según la Memoria de la Administración Tributaria de los años 1999, 2000 y 2001, el número de reclamaciones económico-administrativas ingresadas y resueltas en dichos ejercicios ha sido el siguiente:

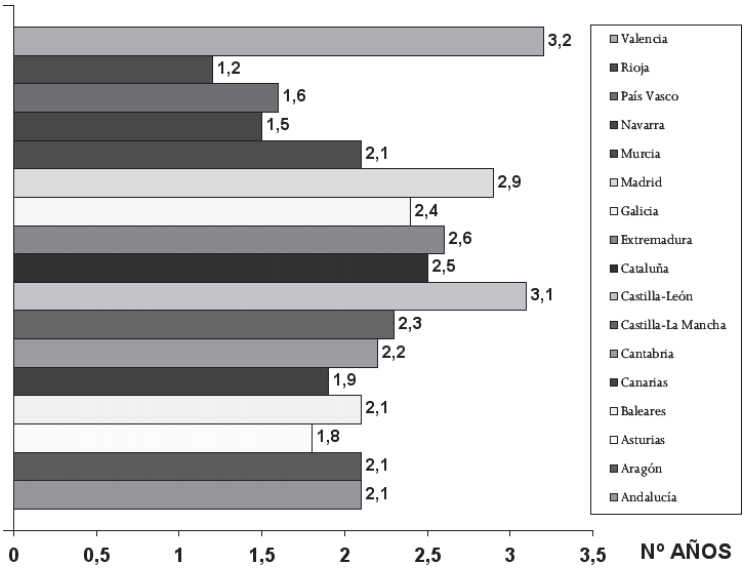
Número de asuntos ingresados y resueltos por los Tribunales Económico-Administrativos

	1999		2000		2001	
	INGRES.	RESUEL.	INGRES.	RESUEL.	INGRES.	RESUEL.
- TEAR Y TEAL	144.588	164.735	148.342	149.186	163.716	147.055
- TEAC	9.788	8.476	8.466	8.625	7.795	11.386

administrativas[21], cuyo tiempo medio de resolución está en torno a los 24 meses, tal y como se aprecia en el siguiente gráfico[22]:

GRÁFICO 3

Duración media de las reclamaciones económico-administrativas en los TEARs (1998-2002)



Y, además, es necesario considerar el tiempo medio de resolución de las reclamaciones económico-administrativas tramitadas por el Tribunal Económico-Administrativo Central, al que también resulta preceptivo reclamar con carácter previo al recurso contencioso-administrativo en determinados supuestos[23]. En estos casos, la reclamación ante el TEAR adquiere carácter potestativo, aunque la práctica revela que la mayoría de los reclamantes utilizan normalmente la doble instancia antes de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Los datos referidos a la duración media de las reclamaciones ante el TEAC (o recursos de alzada, si se reclamó previamente ante el TEAR), revelan una reducción de la dilación en los últimos años[24]:

(21) *Vid.* artículos 226 y ss. de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y el Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, de Procedimiento de Reclamaciones Económico-Administrativas, por el que se que desarrolla el Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre.

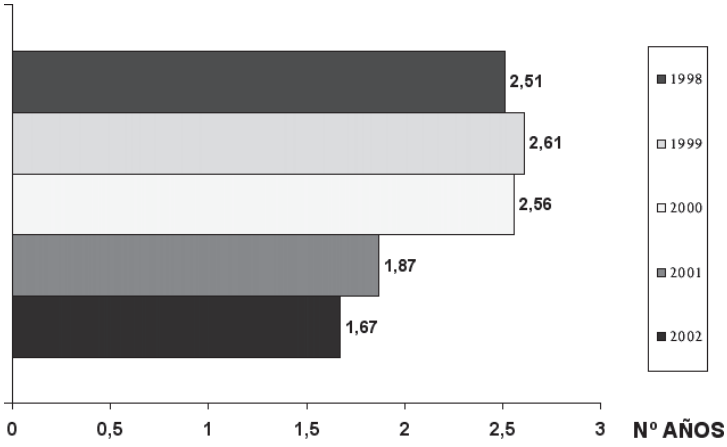
(22) Según datos contenidos en ANDRÉS AUCEJO (2004).

(23) *Vid.* artículo 229 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

(24) Según datos contenidos en ANDRÉS AUCEJO (2004).

GRÁFICO 4

Duración media de las reclamaciones económico-administrativas en el TEAC (1998-2002)

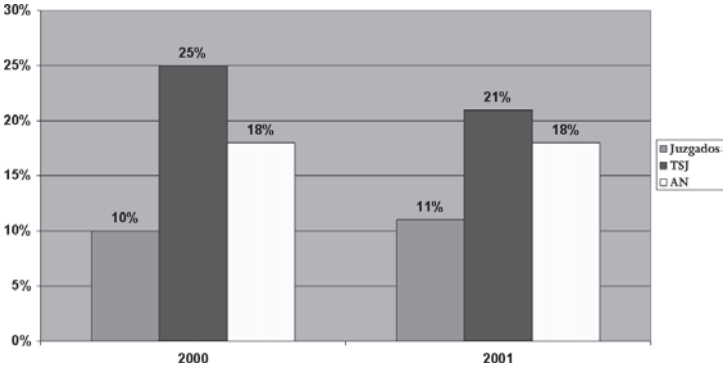


Y aunque pudiera entenderse que los actos de naturaleza tributaria tienen poca entidad para merecer una consideración específica, lo cierto es que constituyen un porcentaje muy significativo del total de los asuntos ingresados en los órganos jurisdiccionales, tal y como se aprecia en el siguiente gráfico[25]:

COMO CONSECUENCIA DE LA DILACIÓN, LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS NORMAS CARECE DEL EFECTO ANUNCIO QUE TAN IMPORTANTE RESULTA PARA PREVENIR NUEVOS LITIGIOS

GRÁFICO 5

Porcentaje de asuntos de naturaleza tributaria ingresados



(25) Según datos extraídos de las Memorias del CGPJ de los años 2001 y 2002 (sorprendentemente, la Memoria del CGPJ de 2003 ha suprimido la información sobre composición de la litigiosidad de los Tribunales). Los datos ofrecidos son similares a los contenidos en PASTOR (1993), referidos a 1990, según los cuales los recursos tributarios representaban el 22 por ciento de los ingresados en el TS, el 25 por ciento de los ingresados en la AN, y el 26'9 por ciento de los ingresados en el TSJ. *Vid.* también ANDRÉS AUCEJO y ROYUELA MOYA (2003).

III. LA PÉRDIDA DE VALOR DE LA JURISPRUDENCIA

La dilación, además de ser un problema en sí misma, es causa directa de otros problemas actuales de la Justicia en España, como es la pérdida de valor de la jurisprudencia. En efecto, los problemas que actualmente resuelve el Tribunal Supremo se refieren a situaciones controvertidas de hace más de diez años, y las eventuales interpretaciones jurisprudenciales sobre la normativa aplicable han perdido su validez general y sólo tienen relevancia para la resolución del caso concreto. Ello supone la pérdida de valor de un activo (la jurisprudencia) que tiene la consideración de fuente del Derecho y que tiene como principal finalidad coadyuvar al conocimiento y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico.

Esa pérdida de valor de la jurisprudencia, además, contribuye a aumentar el número de asuntos ingresados en los tribunales y a agravar el problema de la dilación. Porque si admitimos que la existencia de un cuerpo de doctrina jurisprudencial actualizado podría disuadir la interposición de nuevos recursos contrarios a dicha opinión jurisprudencial, debemos admitir igualmente que la inexistencia de esa jurisprudencia contribuye a la acumulación de recursos cuya pretensión carece de fundamento jurídico en opinión del Tribunal Supremo.

Es decir, expresándolo con otras palabras: como consecuencia de la dilación, la interpretación jurisprudencial de las normas carece del efecto anuncio que tan importante resulta para prevenir nuevos litigios, porque en la mayoría de los casos se produce sobre un Derecho muerto, derogado, que ya no resulta aplicable en el momento en que se dicta sentencia, lo que "dificulta la creación de un *corpus* doctrinal para el futuro que produzca previsibilidad, seguridad y certeza, condiciones básicas del Derecho"[26].

IV. EL AUMENTO DE VALOR DE LA LITISPENDENCIA

La situación de litispendencia es valorada normalmente como un coste (de incertidumbre, de indisponibilidad sobre las situaciones jurídicas controvertidas, de recursos financieros por la necesidad de prestar garantías en los procesos administrativos, etc.). Pero la extraordinaria dilación de los procesos ha determinado que algunos operadores jurídicos encuentren ventajas en la situación de litispendencia durante la larga duración de los procesos, en tanto pueden utilizar el proceso con la única finalidad de retrasar la firmeza de los actos administrativos impugnados.

En efecto, se trata de situaciones en las que las partes conocen las escasas probabilidades de éxito de sus pretensiones y, pese a ello, interponen todos los recursos a su alcance con

(26) En palabras de MARTÍN REBOLLO (2000).

la única finalidad de lograr las ventajas de la litispendencia[27]. Ello puede estar motivado por distintas causas, entre las que pueden destacarse las siguientes:

1. La existencia de ventajas políticas derivadas de la litispendencia. Esta situación se produce cuando las partes (principalmente la Administración, aunque también pueden ser los administradores de personas jurídicas), pese a conocer la falta de fundamento jurídico de sus pretensiones, utilizan todos los instrumentos procesales a su alcance con la única finalidad de posponer los efectos jurídicos de una sentencia desfavorable. La ventaja del diferimiento puede responder a varias causas: existe una contienda política –*v.gr.*, elecciones– y es necesario eludir la constatación de errores certificados por un órgano judicial; existen dificultades de tesorería y resulta conveniente o necesario posponer el pago de obligaciones reconocidas por sentencia; o, simplemente, se pretende trasladar al próximo equipo de gobierno el coste de ejecución de una sentencia desfavorable.

2. La existencia de ventajas económicas derivadas de la litispendencia. En efecto, aunque resulte paradójico, existen situaciones en las que la interposición de recursos conlleva una ventaja económica para los recurrentes. Nos referimos, por ejemplo, a la interposición de recursos contra actos administrativos por los que se imponen sanciones pecuniarias, en los que el recurrente logra fácilmente y sin coste alguno la suspensión de ejecución de los actos impugnados[28]. Ello determina que los deudores logren el aplazamiento en el cumplimiento de la obligación de pago, sin intereses de demora, por la mera interposición de un recurso.

3. La existencia de ventajas jurídicas derivadas de la litispendencia. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, a partir de la STC 45/1989, de 26 de febrero, ha limitado el efecto jurídico de algunas sentencias por las que se declara la inconstitucionalidad de una norma a los actos que no hubieran adquirido firmeza. Esa restricción podía tener su lógica en la Sentencia citada y, quizás, en alguna otra puntual, pero lo cierto es que la utilización generalizada de este criterio determina que los litigantes puedan verse favorecidos por una eventual declaración de nulidad que, sin embargo, no afectaría a los no litigantes. Se trata de un problema para el que existen soluciones en Derecho comparado, y el modelo alemán ofrece un ejemplo de ello[29]. Asimismo, la extensión de efectos de una sentencia a quienes se encuentran en idéntica situación jurídica, prevista en el artículo 110 LJCA, excluye de su ámbito de aplicación a quienes no hubieran recurrido en plazo, lo que indirectamente constituye una ventaja jurídica a los litigantes[30]. Y también puede

(27) La afirmación de que la dilación puede crear incentivos a una mayor litigiosidad se contiene también en PASTOR, (1997), que identifica esa situación con los supuestos en que el recurrente "no soporta todos los costes de recurrir, cuando la indemnización al ganador del recurso no es completa o cuando la dilación y otros costes del procedimiento desempeñan un papel asimétrico para las partes".

(28) En los procedimientos de impugnación de actos tributarios dicha suspensión es automática.

(29) *Vid.* EHMCKE y MARÍN-BARNUEVO (2003) donde se describen las llamadas *liquidaciones provisorias*, dictadas en los supuestos en que existe incertidumbre sobre la validez de una norma y caracterizadas por permitir su modificación, sin ningún trámite especial, en el momento es que se dilucide la cuestionada validez normativa.

(30) *Vid.* SSTS de 29 de abril de 2004 –RJ 2004/2724–, de 26 de abril de 2004 –RJ 2004/2781 y RJ 2004/2782–, y de 27 de marzo –RJ 2004/2362–.

transformarse en ventaja jurídica la dificultad de la Administración para ejecutar los actos suspendidos, impugnados y revisados, ya que en ocasiones se pierde el control directo sobre el expediente y se produce la prescripción del derecho de la Administración. Todo ello constituye un incentivo a la litispendencia, pues quienes tienen mínimas dudas sobre la constitucionalidad o legalidad de una norma, o quienes pueden litigar a bajo coste, se verán compelidos a realizar todos los actos procesales necesarios para evitar la firmeza de los actos administrativos afectados.

La existencia de esas ventajas en la litispendencia distorsiona el servicio público de la justicia porque permite a los usuarios realizar una utilización atípica del mismo y, consecuentemente, agrava el problema de la dilación. Porque resulta innegable que el aumento de valor de la litispendencia genera a su vez un incremento de demanda del servicio público de justicia, lo que a su vez conlleva un correlativo aumento del número de asuntos ingresados y de la dilación.

Obviamente, la reducción de la duración media de los procesos debería determinar la desaparición de este segundo problema. Pero, hasta que llegue ese momento, sería conveniente introducir alguna otra medida de efecto disuasorio para este tipo de litigantes, o fomentar la utilización de las medidas cautelares ya existentes, cuya eficacia podría disuadir a alguno de los litigantes únicamente interesados en diferir los efectos de la resolución judicial[31].

V. LA FALTA DE ESPECIALIZACIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS

El problema de la falta de especialización de jueces y magistrados ha sido puesto de manifiesto por diversos usuarios de este servicio público, así como por un importante sector de la doctrina administrativa, que ha llegado a afirmar que: "el problema más acusado que se ha puesto de relieve con la entrada en funciones de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo ha sido, a mi juicio (opinión que considero ampliamente compartida), la falta de suficiente especialización de un gran número de sus titulares (...) Estas carencias se advierten con facilidad en la calidad de muchas sentencias, que, dicho sea con toda franqueza, deja bastante que desear, sobre todo cuando versan sobre asuntos de cierta complejidad y no usuales en la práctica de los Juzgados"[32].

(31) *Vid.*, sobre la importancia de estas medidas coercitivas en la nueva LJCA, SÁNCHEZ MORÓN (2001).

(32) *Cfr.* SÁNCHEZ MORÓN (2001), en donde añade que: "Los Juzgados se han provisto de un alto porcentaje con jueces provenientes de otras jurisdicciones y carentes de una sólida formación en Derecho Administrativo (...) También hay que decir que, en menor medida, esa falta de especialistas afecta a algunas Salas. Pero el problema se agrava en el caso de los Juzgados por su misma naturaleza unipersonal y porque sigue siendo frecuente el recurso a jueces no titulares, cuya preparación y 'madurez' es muy desigual y en ocasiones perceptiblemente insuficiente".

Es ciertamente difícil constatar empíricamente la falta de especialización de los magistrados y su relevancia en la jurisdicción contencioso-administrativa[33], pero la mayoría de los operadores jurídicos destacan la complejidad y extensión de esta rama del Derecho y la falta de conocimiento específico de buena parte de jueces y magistrados[34]. Uno de los argumentos utilizados para explicar esta situación es que las oposiciones para Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo es realizada por un limitado número de magistrados que desempeñan esas funciones, ya que las ventajas tradicionalmente asociadas a la superación de esas pruebas –una promoción profesional más rápida– han perdido virtualidad en los últimos tiempos por las buenas posibilidades de promoción profesional existentes.

En todo caso, con independencia de la dificultad de contraste de esta primera afirmación, lo cierto es que existen otros datos que permiten cuestionar fundadamente la preparación de jueces y magistrados en estas materias. Uno de ellos es la desproporción existente entre los pocos conocimientos exigidos a los jueces y magistrados en materia de Derecho Administrativo, y en materia de Derecho Civil o Derecho Penal[35]. En efecto, si tomamos como referencia el programa de las pruebas selectivas para ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal, por las categorías de Juez y de Abogado Fiscal, por la modalidad de oposición por turno libre (BOE de 29 de marzo de 2003) advertimos una clara preponderancia de los contenidos de Derecho Civil y Derecho Penal en relación con los de Derecho Administrativo. Esa preponderancia se advierte, en primer término, en los temas correspondientes al Derecho Procesal, cuyo contenido está dedicado en más del 90 por ciento al Proceso Civil y Penal:

EN LAS PRUEBAS SELECTIVAS PARA INGRESO EN LAS CARRERAS JUDICIAL Y FISCAL POR LA MODALIDAD DE TURNO LIBRE SE ADVIERTE UNA CLARA PREPONDERANCIA DE LOS CONTENIDOS DE DERECHO CIVIL Y PENAL EN RELACIÓN CON LOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

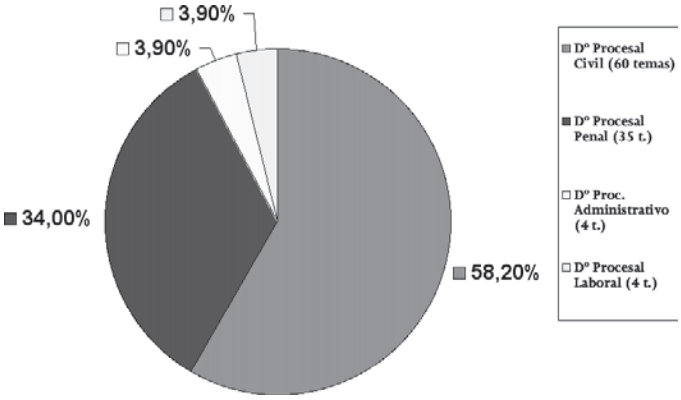
(33) Buena prueba de la dificultad de evaluar los conocimientos y preparación de los jueces y magistrados es la diferencia apreciable entre las afirmaciones doctrinales anteriores y los resultados de las encuestas realizadas a abogados y procuradores, recogidas al final de este epígrafe.

(34) *Vid.* el Libro Blanco de la Justicia, en donde se afirma por referencia a la jurisdicción contencioso-administrativa que "ningún juez debería acceder a este orden jurisdiccional sin profundos conocimientos en Derecho Administrativo y Tributario, por lo que parece una exigencia ineludible el establecimiento y la obligada participación de los jueces y magistrados en cursos intensivos de formación, como presupuesto previo a la ocupación de cualquier plaza en este orden jurisdiccional".

(35) Esta crítica se contiene también en SÁNCHEZ MORÓN (2001).

GRÁFICO 6

Porcentaje de contenidos de Derecho Procesal exigidos para el ingreso a la carrera judicial

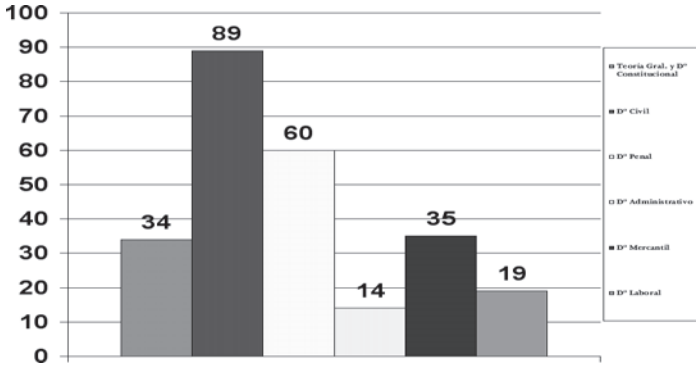


Es cierto que esta desigualdad podría explicarse por la *troncalidad* del Derecho Procesal Civil y Penal, cuya regulación es anterior en el tiempo y, por ello, comprende instituciones generales del proceso a las que luego se remiten diversas normas del Derecho Procesal Administrativo.

Pero lo que resulta más difícil de explicar es la preponderancia del Derecho Civil y Penal en el conjunto de temas de Derecho sustantivo, pues ello revela una injustificada preterición del Derecho Administrativo, al que sólo se dedican 14 temas, frente a los 89 dedicados al Derecho Civil o los 60 de Derecho Penal:

GRÁFICO 7

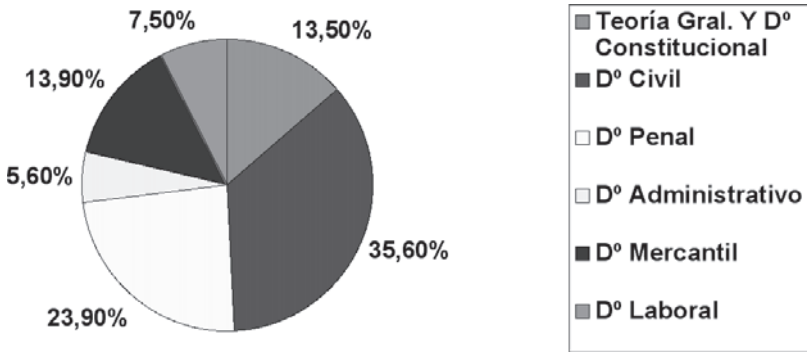
Número de temas de Derecho sustantivo exigidos para el ingreso en la carrera judicial



Estos datos permiten deducir el peso relativo de cada una de esas materias sobre el conjunto de contenidos de Derecho sustantivo o material:

GRÁFICO 8

Importancia relativa de los distintos temas de Derecho sustantivo exigidos para el ingreso en la carrera judicial



Los resultados de este somero análisis ponen de manifiesto la poca relevancia que, en términos absolutos y relativos, tienen los conocimientos de Derecho Administrativo exigidos para el acceso a la carrera judicial, lo que resulta a todas luces criticable y difícil de explicar. Del mismo modo que resulta totalmente incomprensible que no haya una parte del temario específica de Derecho Tributario, y que sólo aparezca un tema de esta materia incluido en el bloque de Derecho Administrativo.

La primera conclusión que se desprende de todo ello es que la organización de las pruebas de acceso a la carrera judicial obedece, todavía hoy, a una concepción decimonónica del Derecho, en la que el Derecho Administrativo y el Derecho Tributario tenían una importancia claramente inferior a la actual. Ello determina que los conocimientos exigidos a los jueces sean principalmente de Derecho Civil y de Derecho Penal, lo que denota una falta de formación y especialización de jueces y magistrados de carrera en Derecho Administrativo y Tributario[36].

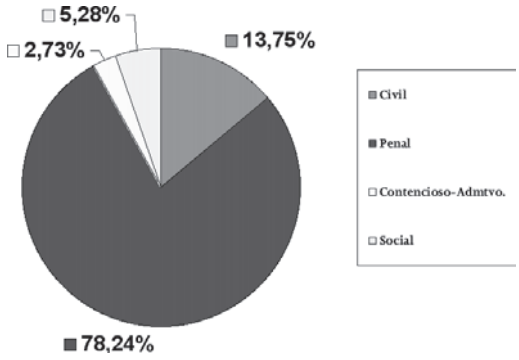
Frente a esta afirmación se podría argumentar que la preponderancia del Derecho Civil y Penal está justificada por la mayor importancia cuantitativa y cualitativa de estas materias.

(36) Es cierto que el acceso a la carrera judicial por el llamado cuarto turno tiene como finalidad principal la incorporación de especialistas de estas y otras materias a los órganos jurisdiccionales, pero la especialización de unos pocos no compensa la falta de formación de la mayoría y, sobre todo, no justifica la composición del temario exigible para el acceso a la carrera judicial.

La Memoria del CGPJ de 2003 muestra que, efectivamente, el número de ingresados es muy superior al de los restantes ámbitos jurisdiccionales[37]:

GRÁFICO 9

Distribución porcentual de los asuntos ingresados en las distintas jurisdicciones



Pero, como es obvio, el volumen de trabajo de una jurisdicción podría justificar el mayor número de jueces adscritos a la misma, pero no el mayor número de temas exigibles en las pruebas de acceso a la carrera judicial.

Y, en lo que respecta a la importancia cualitativa, que probablemente pueda establecerse por la extensión y complejidad de los contenidos de las distintas ramas del Derecho, lo que pone de manifiesto es precisamente la desaparición de esa inveterada prevalencia del Derecho Civil y Penal. En efecto, la transición del Estado liberal del siglo XIX al Estado social e intervencionista de finales del siglo XX ha conllevado la correlativa transformación de las normas que ordenan la convivencia en comunidad y, con ello, el correlativo desarrollo del sector público y del Derecho Público. Esa mayor relevancia de las normas de Derecho Administrativo y Derecho Tributario se advierte claramente en los recientes planes de estudio de la Licenciatura en Derecho[38], que reconocen a cada una de esas asignaturas una carga lectiva mínima de 14 créditos, igual que se reconoce a Derecho Penal o a Derecho Mercantil, frente a los 21 reconocidos a Derecho Civil[39].

(37) PASTOR (1993), ofrece un argumento que rebate esta conclusión, al decir que si bien el número de recursos y sentencias pudiera trasladar la impresión de encontrarnos ante una jurisdicción menor cuantitativamente, para los órganos donde se sustancia esta litigiosidad constituye la materia predominante. En efecto, el 55 por ciento de todos los recursos interpuestos ante el Tribunal Supremo, el 92 por ciento de los de la Audiencia Nacional y el 58 por ciento de los recursos ante los TSJ se refieren a materias contencioso-administrativas.

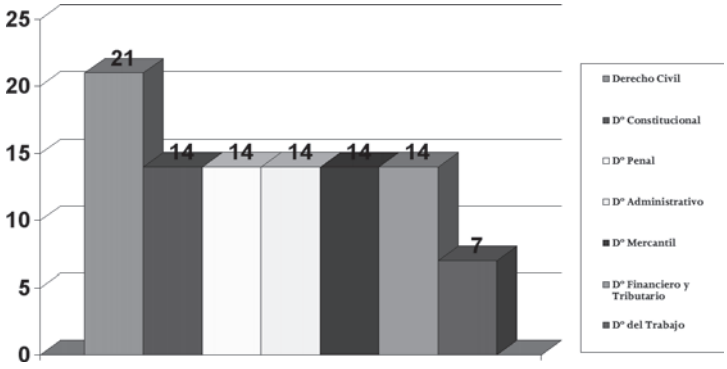
(38) Cfr. Real Decreto 1424/1990, de 26 de octubre, por el que se establece el título universitario oficial de licenciado en Derecho y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquél.

(39) Nótese que esa prevalencia del Derecho Civil es sólo aparente, porque si consideramos conjuntamente al Derecho Administrativo y al Derecho Tributario, como es habitual en la organización de los temarios de oposiciones y en la propia organización jurisdiccional, se convertirían en la primera materia en número de créditos obligatorios mínimos, con un total de 28.

GRÁFICO 10

Número mínimo de créditos obligatorios para las principales asignaturas de Derecho

(según los planes de estudios vigentes)



De todo lo expuesto se desprende que la importancia del Derecho Administrativo y del Derecho Tributario no tiene el correspondiente reflejo en el programa de las pruebas selectivas para ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal, lo que constituye un indicador objetivo de la falta de controles sobre el conocimiento de esas materias por parte de jueces y magistrados. Y esa falta de especialización constituye un grave problema de la jurisdicción contencioso-administrativa, abiertamente reconocido en el Libro Blanco de la Justicia, al que se deben asociar los costes derivados del error judicial, entre los que es posible destacar los siguientes:

UNO DE LOS COSTES DE LA FALTA DE ESPECIALIZACIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS ES LA DESIGUALDAD DE LAS PARTES EN EL PROCESO, YA QUE ES RAZONABLE ESTABLECER UNA CONEXIÓN ENTRE ESE DÉFICIT Y LA TENDENCIA A ESTIMAR LAS PRETENSIONES JURÍDICAS DE LA ADMINISTRACIÓN

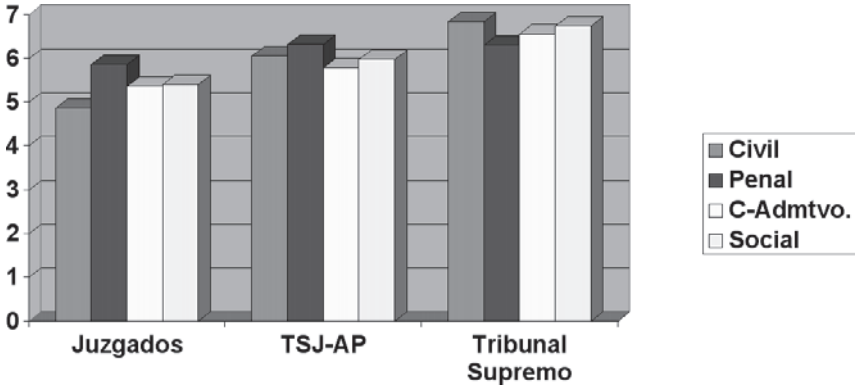
1. El primero de ellos es la pérdida de calidad de un servicio público esencial. Es evidente que la calidad de la justicia depende principalmente de la calidad de las resoluciones dictadas por lo jueces y magistrados, por tanto, los defectos de formación de estos protagonistas deberían incidir negativamente en la calidad de sus resoluciones[40], y correlativamente en la calidad de la Administración de Justicia. No obstante, es oportuno señalar que las encuestas realizadas a abogados sobre la calidad de las sentencias de los distintos órganos judiciales no ratifican esa opinión manifestada por un importante sector de la doctrina[41], como se aprecia en el siguiente gráfico:

(40) En relación con la determinación de los criterios de enjuiciamiento jurídico de las sentencias, *vid.* la rigurosa propuesta de NIETO (2000).

(41) *Vid.* MARTÍN REBOLLO (2000) y SÁNCHEZ MORÓN (2001).

GRAFICO 11

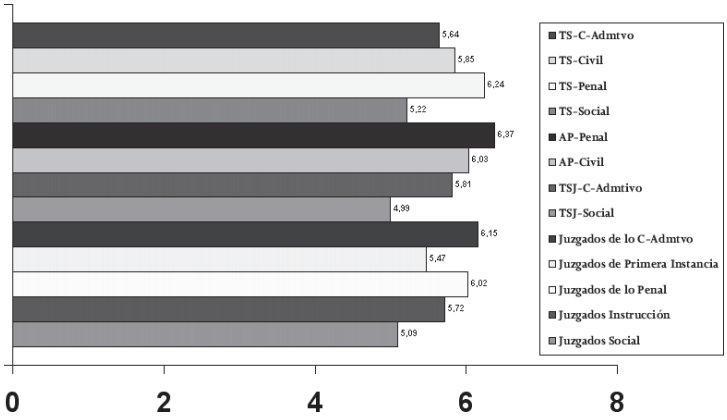
Calidad de las sentencias (de 0 a 10)[42]



Tampoco la encuesta realizada a procuradores confirma esa opinión doctrinal, ya que la valoración dada por este colectivo a la *preparación y competencia técnica de los jueces y magistrados* de lo contencioso-administrativo resulta similar a la reconocida a los de otros ámbitos jurisdiccionales, como se aprecia en el siguiente gráfico[43]:

GRÁFICO 12

Preparación y competencia técnica de jueces y magistrados (de 0 a 10)



(42) GARCÍA DE LA CRUZ (2003b).

(43) GARCÍA DE LA CRUZ (2003c).

2. El segundo coste de la falta de especialización de jueces y magistrados es la desigualdad de las partes en el proceso, ya que es razonable establecer una conexión entre ese déficit y la tendencia a estimar las pretensiones jurídicas de la Administración[44]. En efecto, aunque se trata de una afirmación difícil de contrastar, lo cierto es que la mayoría de los operadores jurídicos tienen la sensación de que la Administración disfruta de ventajas en el proceso, que derivan principalmente de la llamada *presunción de legalidad* de los actos administrativos, que impone al administrado la responsabilidad de iniciar el proceso y argumentar los defectos de validez de los actos impugnados, así como la carga de la prueba de los hechos en que base su pretensión[45]. Pero esas cargas procesales de los administrados conllevan, además, un lastre adicional, porque la impericia de algunos jueces y magistrados determina su incapacidad para ponderar los fundamentos jurídicos esgrimidos por la parte demandante y demandada y, en esa situación, acogen directamente los argumentos de la parte demandada (Administración) debido a la objetividad que presumiblemente ha regido su actuación, o bien debido a la presunción de legalidad de los actos administrativos, o bien debido a la identificación del Abogado del Estado con el interés general. De este modo, la dificultad de algunos jueces y magistrados para comprender y valorar los fundamentos jurídicos de las partes determina su incapacidad para anular los actos administrativos impugnados, lo que constituye finalmente una ventaja procesal para la Administración y una quiebra del principio de igualdad de armas[46].

3. Y, finalmente, cabría asociar a este problema genérico el del incremento de costes internos y externos del proceso, motivado ahora por el incremento de recursos contra las sentencias dictadas en primera instancia. Ya hemos puesto de manifiesto que la falta de especialización normalmente va asociada a una pérdida de calidad de las resoluciones dictadas por jueces y magistrados, lo que a su vez determinaría la insatisfacción de las partes con el resultado final del proceso que, en la mayoría de los supuestos, conduciría a la interposición de nuevos recursos (de apelación, casación, etc.) para lograr un nuevo pronunciamiento sobre el mismo conflicto. De este modo se produce una reiteración del proceso en segunda instancia y una consecuente multiplicación de los costes del proceso que podría haberse evitado si la calidad de la resolución inicial hubiera sido satisfactoria para las partes.

VI. LA INEFICIENCIA EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

La eficiencia de los Tribunales está vinculada a su capacidad para producir respuestas eficaces y efectivas a las cuestiones que le son sometidas, y por tanto depende directamente de la rapidez en la tramitación de los asuntos y del grado en que las decisiones judiciales logran ser adecuadas y puntualmente ejecutadas[47]. Y esta segunda dimensión del concepto

(44) *Vid.*, en este mismo sentido, SÁNCHEZ MORÓN (2001).

(45) *Vid.*, en este mismo sentido, SÁNCHEZ MORÓN (2001).

(46) Esta circunstancia podría ser valorada a su vez como un condicionante externo del "poder de amenaza", entendido como la capacidad que tiene una parte de forzar una conducta en la otra, que se ve *amenazada* por la pérdida derivada de la no celebración de un acuerdo (PASTOR, 1997).

(47) En expresión de TOHARIA (2003).

de eficiencia plantea unos problemas específicos en el ámbito de lo contencioso-administrativo que, si bien parecen haber mejorado tras la aprobación de la nueva LJCA[48], todavía están pendientes de solución[49].

El primer bloque de problemas tiene que ver con la imposibilidad fáctica de ejecutar las resoluciones judiciales dictadas, después de muchos meses de dilación, en materias en las que la inmediatez en la resolución era imprescindible para una restitución de los derechos vulnerados[50], como sucede claramente en los recursos que tienen por objeto una situación de difícil valoración económica (personal, contratación, urbanismo, extranjería, medio ambiente, etc.). La gravedad de este problema ha llevado a algún autor a plantear la posibilidad de que los Tribunales dieran un tratamiento diferenciado a los asuntos cuya pretensión tiene carácter económico y resulta posible la plena restitución del daño, en relación con los demás asuntos en los que una respuesta tardía determina la frustración de la pretensión y la ineficacia del proceso[51].

Y el segundo bloque de problemas tiene que ver con el retraso en la ejecución de sentencias en los casos en que la Administración es condenada al pago de una cantidad de dinero, motivado fundamentalmente por las dificultades que tienen los entes públicos para hacer frente a las obligaciones de pago derivadas del fallo judicial[52]. En efecto, el principio de legalidad presupuestaria impide el reconocimiento y pago de obligaciones que no tuvieran dotado el correspondiente crédito presupuestario, por lo que el pago de dichas obligaciones no puede realizarse si no existe la correspondiente dotación presupuestaria para esa finalidad.

Ese problema intentó resolverse en la LJCA, en donde se estableció que los créditos habilitados para el cumplimiento de obligaciones judiciales *tendrá siempre la consideración de ampliable*[53]. Sin embargo, dicha previsión se ha manifestado insuficiente para lograr una rápida ejecución de la sentencia, porque la solución legalmente prevista no puede determinar la existencia de liquidez, sino la simplificación del procedimiento presupuestario exigido para el reconocimiento de ese crédito. O, expresado en otros términos, se ha evitado el obstáculo legal para autorizar el pago, pero la necesidad de tramitar un largo procedimiento presupuestario determina que todavía se produzcan

(48) En este sentido SÁNCHEZ MORÓN (2001).

(49) Otros problemas más generales de la ejecución de sentencias se pueden ver en PASTOR (2003).

(50) Cfr. PALOMAR (2002).

(51) En este sentido, CLERIES (2002).

(52) Cfr. PALOMAR (2002).

(53) Dicho precepto establece, además, que si la Administración debiera realizar una modificación presupuestaria para hacer efectivo el pago, deberá concluir el procedimiento correspondiente en el plazo de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial. Transcurrido ese plazo se podrá ejecutar la ejecución forzosa, que determinará en la mayoría de los supuestos el incremento en dos puntos del interés legal a satisfacer (la posibilidad de embargo de los bienes de dominio público resulta prácticamente imposible –salvo los supuestos excepcionales conocidos en el ámbito local– a la vista de lo establecido en el artículo 132 de la Constitución).

considerables retrasos en el cumplimiento de los fallos que condenan a la Administración a pagar una cantidad de dinero.

VII. LA CONDENA EN COSTAS

La valoración de los costes del proceso, directos e indirectos, privados y públicos, ha sido detalladamente estudiada en los últimos trabajos publicados sobre la calidad de la justicia[54]. De todos ellos, vamos a referirnos ahora exclusivamente al problema de la condena en costas que, como es sabido, tiene en el ámbito de lo contencioso-administrativo carácter sancionador y extraordinario y, por tanto, en la mayoría de los casos cada una de las partes litigantes debe asumir los costes del litigio con independencia de su victoria procesal.

LA JUSTICIA PIERDE SU FINALIDAD REPARADORA EN LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS DE ESCASA CUANTÍA PORQUE LA CONSECUCIÓN DE LA REPARACIÓN TIENE UN COSTE SUPERIOR A LA PROPIA REPARACIÓN

En efecto, el artículo 139 de la LJCA ha recogido la tradicional regla de imposición de costas, en primera o única instancia, a la parte que sostuviera su acción o sus recursos con mala fe o temeridad[55]. La concurrencia de esta circunstancia en la conducta en la Administración resulta extraordinaria y difícilmente apreciable, como es obvio, por lo que el recurrente victorioso raramente se verá resarcido de los costes soportados a causa del proceso[56]. Por ello se ha afirmado, con razón, que la Justicia pierde su finalidad reparadora en los recursos contencioso-administrativos de escasa cuantía, porque la consecución de la reparación tiene un coste superior a la propia reparación[57].

Es cierto que la regulación de 1998 ha introducido, junto al criterio tradicional, un nuevo criterio de imposición de costas, consistente en imponer las costas a la parte cuyas pretensiones hubieran sido desestimadas cuando de otra manera se hiciera

(54) La obra de PASTOR (1993) es una referencia obligada en España, por haber sido de las primeras en abordar con pretensión de exhaustividad estas cuestiones. Más recientemente puede verse *El coste de la Justicia*, dirigido por Santos PASTOR y Víctor MORENO y publicada por el CGPJ en 2002, con abundantes referencias bibliográficas.

(55) El proyecto de LJCA establecía el criterio objetivo de imposición de costas, y pese a la aprobación por parte del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial, la Ponencia del Congreso se apartó del mencionado texto con el sorprendente argumento de que dicha regla tendría un claro carácter disuasorio que implicaría una limitación al derecho de defensa (MARTÍNEZ MARÍN, 1999).

(56) MARTÍNEZ MARÍN (1999), basándose en una búsqueda de la voz "costas" en los índices de voces del *Repertorio de Legislación Aranzadi*, ofrece los siguientes datos: en 1977, sólo aparecen citadas 7 sentencias, entre las cuales se encuentran dos sin condena en costas; en 1987 aparecen citadas 23 sentencias, de las que sólo 10 son condenatorias, y sólo 3 imponen las costas a la Administración; en 1997 el número de entradas por la voz costas se eleva a 131, entre las que se incluyen 34 sentencias condenatorias, de las que sólo 14 imponen las costas a la Administración.

(57) Cfr. PALOMAR (2002).

perder al recurso su finalidad. Este segundo supuesto tendría como objetivo, precisamente, la imposición de costas al perdedor en los supuestos en que el recurso fuera de escasa cuantía económica y los costes soportados por el vencedor resultaran superiores a la reparación procesal derivada de la anulación de los actos impugnados; pero, por motivos desconocidos para nosotros, lo cierto es que jueces y magistrados se muestran reacios a basarse en este segundo criterio para condenar en costas a la Administración demandada[58].

También conviene destacar que la regla sobre imposición de costas en las demás instancias y grados difiere de la descrita, porque el artículo 139.2 LJCA dispone que para estos casos se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. Lo más llamativo de este criterio es, sin duda, que está basado en el principio objetivo o del vencimiento, pero circunscrito a la parte recurrente, lo que supone una indeterminación legal para los supuestos en que el recurrente viera estimadas sus pretensiones en la segunda instancia.

Por todo lo expuesto considero conveniente el establecimiento de un criterio de imposición de costas judiciales y extrajudiciales objetivo, basado en el criterio del vencimiento[59], tal y como sucede con carácter general en Alemania[60]. Con ello se conseguiría el efectivo resarcimiento de la parte vencedora en juicio y una mayor responsabilidad de las partes en el proceso, en el que las posibilidades de desistimiento y allanamiento cobrarían un nuevo protagonismo[61].

VIII. LAS TASAS JUDICIALES

En relación con las tasas judiciales, creemos que su restablecimiento por la Ley 53/2002[62] debió dejar fuera del hecho imponible el *ejercicio de la potestad jurisdiccional contencioso-administrativa*[63]. Es cierto que en un trabajo anterior sostuvimos que *las tasas actúan en Alemania*

(58) Una vez más, y debido a la falta de información al respecto, nos debemos basar en la experiencia para realizar esa afirmación.

(59) En este mismo sentido, MARTÍNEZ MARÍN (1999), quien además propone la regulación precisa de los costes asociados a cada proceso mediante módulos, bases, precios o, en su caso, tarifas procesales.

(60) *Vid.* EHMCKE y MARÍN-BARNUEVO (2002). El artículo 137 de Ley Procesal Alemana prevé un supuesto especial de imposición de costas a la parte vencedora: cuando hubiera ocultado hasta el último momento unos hechos cuyo conocimiento resultaba decisivo para el fallo y que pudo haber aportado con antelación; en este supuesto se le puede imponer a la parte vencedora el pago total o parcial de las costas porque se le considera responsable de los gastos procesales ocasionados.

(61) Resulta significativo que en Alemania, el porcentaje de asuntos finalizados por desistimiento está próximo al 50 por ciento (*vid.*, ampliamente, EHMCKE y MARÍN-BARNUEVO, 2002).

(62) *Vid.* artículos 35 y 36 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

(63) Según DE MIGUEL (2002), la mayoría relativa de los encuestados (45 por ciento) se muestra en desacuerdo con la posibilidad de exigir tasas judiciales; un 34 por ciento se muestra a favor, y un 14 por ciento no expresa una opinión al respecto. Por el contrario, esa posibilidad es aceptada mayoritariamente entre los secretarios judiciales.

como ticket moderador del gasto, lo que nos parece positivo y perfectamente conciliable con los principios de justicia constitucional[64], pero la regulación que se ha hecho de esa figura tributaria nos parece ciertamente insatisfactoria por diversos motivos:

– De un lado, porque al establecerse también para la jurisdicción contencioso-administrativa, que tiene naturaleza puramente revisora, se está exigiendo una tasa por una actuación procesal provocada por la propia Administración. Así, considerando que el porcentaje de recursos estimados en primera instancia por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y por los Tribunales Superiores de Justicia es del 43 por ciento[65], podríamos advertir que en ese mismo porcentaje de supuestos el administrado está siendo obligado a pagar una tasa a la Administración como consecuencia de una actuación ilegal de la propia Administración[66].

– Si a lo anterior añadimos que la regulación vigente no prevé ningún mecanismo de reembolso de la tasa pagada en los casos de estimación del recurso, ni tampoco en los supuestos extremos de condena en costas a la Administración vencida en juicio[67], la valoración de la regulación citada sólo puede ser negativa.

– Y si a todo lo anterior añadimos que la regulación actual dispone que el pago de la tasa es requisito necesario para dar curso a los escritos procesales, lo que en nuestra opinión constituye una injustificable limitación económica al ejercicio de un derecho fundamental[68], resulta comprensible que hayamos matizado nuestra opinión inicial sobre la utilidad de las tasas judiciales[69].

IX. EL DISTANCIAMIENTO ENTRE EL PRESTADOR DEL SERVICIO –LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES– Y EL DESTINATARIO DEL MISMO –EL ADMINISTRADO–

Otro de los problemas de la Justicia es la existencia de una marcada distancia entre los principales agentes prestadores del servicio público y sus destinatarios. En efecto, en las últimas décadas se han producido importantes cambios en la sociedad española, una modernización de las Administraciones Públicas y una renovación del concepto de

(64) Cfr. EHMCKE y MARÍN-BARNUEVO (2002).

(65) PASTOR (2003).

(66) El número de actuaciones administrativas contrarias a Derecho es todavía mayor que el expresado, porque a ese 43 por ciento de recursos estimados habría que añadir los estimados en la revisión ante la propia Administración, que, en el caso de reclamaciones económico-administrativas, supuso un 37'73 por ciento del total de reclamaciones interpuestas ante los Tribunales Económico-Administrativos en 2001, y un 17,6 por ciento de las reclamaciones interpuestas ante el Tribunal Económico-Administrativo Central ese mismo año (Memoria de la AEAT).

(67) Una descripción comentada de las diversas partidas que componen las costas puede verse en CALVO (2002).

(68) Resulta oportuno recordar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1987 ya afirmó que "nada se opone más a la tutela judicial efectiva de un derecho que su yugulación por el incumplimiento de un requisito formal, de carácter fiscal, sobre todo cuando las leyes impositivas han dotado a la Administración de los medios necesarios para la exacción del impuesto..."

(69) Otros argumentos a favor de las tasas pueden verse en PASTOR y VARGAS (2002).

servicio público, que han supuesto la transformación del modo de entender las relaciones entre la Administración y los administrados. El administrado ya no es considerado un súbdito en sus relaciones con el Estado, sino un ciudadano con deberes y derechos bien definidos que exige a la Administración el cumplimiento de sus funciones conforme a los principios establecidos en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, el hecho de que el *semblante de la justicia* siga siendo *hosco y escasamente acogedor para la mayoría de los ciudadanos*[70], pone de manifiesto que la Administración de Justicia ha quedado al margen de esos cambios.

Lejos de identificar ese servicio público con una Administración eficiente y próxima que vela por la defensa de los derechos de los ciudadanos, la mayoría de los administrados identifica a la Justicia con una institución arcaica, que utiliza un lenguaje ininteligible y que funciona generalmente mal[71]. Si bien es cierto que la percepción ciudadana de la calidad de la justicia está fuertemente influida por las noticias difundidas por los medios de comunicación[72], que normalmente prestan más atención a destacar lo extraordinario (escándalos relacionados con la fuga de presuntos narcotraficantes, sentencias con fallos aparentemente alejados del sentido común, el retraso en la finalización de los procesos) que lo normal y ordinario[73]. Todo ello determina que en la actualidad sea la institución del Estado cuyo funcionamiento merece una peor valoración[74].

La conocida expresión *pleitos tengas y los ganes*, acuñada en un tiempo remoto en que la implicación en un proceso tenía connotaciones claramente negativas, sigue utilizándose pese a la profunda transformación de las relaciones Estado-ciudadano. Precisamente, el hecho de que dicha expresión no haya sido desterrada del lenguaje usual es un síntoma claro de la percepción popular de la Justicia, y de que "la opacidad y falta de transparencia constituyen el peor mal de nuestro actual sistema de Justicia: magnifica sus deficiencias, lastra la confianza que inspira, desluce sus logros y méritos"[75].

(70) Al valorar la legitimidad social del sistema español de justicia, "*las opiniones son masivas y rotundamente críticas: el semblante de la justicia es hosco y escasamente acogedor, opaco y falto de transparencia*" (TOHARIA, 2003).

(71) El 47 por ciento de los ciudadanos lleva ya años considerando que, en conjunto, la Justicia funciona en la actualidad mal o muy mal, un 30 por ciento considera que funciona regular, y sólo el 18 por ciento opina que lo hace bien o muy bien (TOHARIA, 2003).

(72) La casi totalidad (el 81 por ciento) de los españoles manifiesta que es a través de las noticias de la televisión de donde obtiene fundamentalmente las informaciones, percepciones y estímulos al respecto; un 48 por ciento menciona a las noticias de prensa; un 30 por ciento a los comentarios de tertulias de radio y televisión o los de amigos y conocidos. Tan sólo el 21 por ciento, en cambio, dice tener como elemento básico de juicio su propia experiencia personal o la de familiares o conocidos" (TOHARIA, 2003).

(73) Y es que, como afirma TOHARIA (2001), lo inusual es informativamente más atractivo que lo usual, y por ello el afán informativo por primar lo novedoso puede provocar, paradójicamente, que lo excepcional termine siendo percibido precisamente como lo que no es: como algo usual.

(74) El funcionamiento de la Administración de Justicia merece una valoración, entre 1 y 5, de 2,51 puntos, por detrás del Gobierno del Estado (2,65), la Administración (2,81), las Cortes (2,88), los Ayuntamientos (2,93) y los Gobiernos de las Autonomías (2,95), según afirma TOHARIA (2003) con remisión a los datos del Barómetro del CGPJ.

(75) TOHARIA (2003).

Para modernizar la Administración de Justicia y lograr que los ciudadanos sientan una mayor proximidad con ese servicio público se necesita mucho tiempo y, sobre todo, la introducción de diversas medidas orientadas a lograr ese acercamiento. Entre ellas, consideramos oportuno iniciar una reflexión sobre las siguientes:

1. Mayor participación de los ciudadanos en la actividad judicial. En algunos países de nuestro entorno está prevista la participación de ciudadanos sin conocimientos jurídicos en los órganos colegiados de la jurisdicción administrativa y tributaria, y la experiencia arrojada es valorada de forma muy positiva por la mayoría de los operadores jurídicos[76]. Porque el sistema de escabinado no transfiere la responsabilidad del fallo a los legos, pero obliga a los magistrados de carrera a explicar el fundamento de su decisión de una manera comprensible para todos (el lego participa en la deliberación y fallo con los mismos derechos que los magistrados de carrera), lo que supone un acercamiento de las actuaciones judiciales a sus principales destinatarios.

2. Mejora de la información contenida en comunicaciones y escritos[77]. Aunque en ocasiones es difícil explicar de forma comprensible el contenido y efectos de los documentos administrativos y judiciales, sí sería posible y conveniente crear una comisión encargada de revisar el contenido de los formularios o escritos-tipo para mejorar su inteligencia, y, en caso de que se considerara necesaria la utilización de tecnicismos difícilmente comprensibles por legos, añadir información adicional explicativa del significado de dichos términos. La implantación de esta medida es conveniente en la actividad jurisdiccional e imprescindible en la actividad administrativa previa a la judicial[78].

PARA MODERNIZAR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA SE DEBERÁ FOMENTAR UNA MAYOR PARTICIPACIÓN DE LOS CIUDADANOS EN ELLA, ASÍ COMO MEJORAR LAS COMUNICACIONES Y CREAR OFICINAS DE INFORMACIÓN Y LA FIGURA DEL PORTAVOZ DE LOS TRIBUNALES

(76) *Vid.*, en relación con el sistema alemán, EHMCKE y MARÍN-BARNUEVO (2003).

(77) Según la *Encuesta a usuarios de la Administración de Justicia*, realizada por el CGPJ en diciembre de 2001, "el 76 por ciento de los españoles considera que es difícil comprender el lenguaje que utilizan los juzgados en sus comunicaciones", si bien la relevancia de esa primera afirmación es matizada en el mismo documento y página, al señalarse que los datos "obtenidos directamente de los interesados contradicen una vez más y rotundamente esa sensación que tiene la población general [pues] el 87 por ciento de los usuarios de la Justicia española cuando recibió la citación del Juzgado le quedó claro para qué tenía que ir". Más rotundo resulta TOHARIA (2003), cuando constata que "el 82 por ciento de los españoles estima que el lenguaje y los procedimientos de los tribunales son excesivamente complicados y difíciles de entender para el ciudadano medio".

(78) *Vid.*, en EHMCKE y MARÍN-BARNUEVO (2002), la importancia que tiene en Alemania el trato directo con los Administrados en la disminución de la litigiosidad.

3. Creación de oficinas de información. La mayoría de los ciudadanos se siente totalmente desorientada cuando se ve implicada en un procedimiento administrativo y en un proceso contencioso-administrativo (en buena medida por el lenguaje abstruso de las comunicaciones recibidas, ya comentado), por ello sería conveniente la creación de oficinas de información que ayudaran al ciudadano a conocer mejor sus derechos y deberes en sus relaciones con la Administración de Justicia. A tal efecto, debería valorarse la posibilidad de realizar convenios con los Colegios de Abogados para la prestación de estos servicios.

4. Implantación de la figura de Portavoz de los tribunales. Los medios de comunicación constituyen en la actualidad el principal canal de difusión de información y el principal instrumento de conocimiento de buena parte de la sociedad. Sin embargo, los tribunales españoles carecen de un gabinete de prensa o de una oficina de relaciones con los medios de comunicación, lo que constituye un obstáculo para la generación y distribución de información institucional. La creación de estas oficinas, a cuyo frente debería estar un magistrado en ejercicio, sería de gran utilidad para difundir las principales noticias relacionadas con la Administración de Justicia y, especialmente, para aclarar o desmentir las descalificaciones que periódicamente reciben determinadas actuaciones judiciales.

En nuestra opinión, la introducción de esas medidas ayudaría a mejorar la confianza de los ciudadanos en la Justicia, sobre todo si admitimos que lo determinante para lograr esa confianza no es tanto el sentido final de las resoluciones judiciales, como "la sensación de que se ha llegado a esa decisión mediante mecanismos claros, transparentes, inteligibles, haciendo que todas las partes implicadas se sientan participantes y debidamente escuchadas"[79].

X. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J. (1997), "La intervención preceptiva de letrado en el procedimiento económico-administrativo: génesis, evolución normativa y situación actual, tras la Ley 25/1985, de 20 de julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria", en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 244, 1997.

ANDRÉS AUCEJO, E. (2004), *A propósito de la solución extrajudicial de los conflictos de naturaleza tributaria en los sistemas anglosajón y continental. Estadísticas en materia de litigiosidad tributaria*, documento de trabajo presentado con la ponencia realizada en Universidad Internacional Menéndez Pelayo el 15 de septiembre de 2004, en el marco del Encuentro sobre *La revisión de los actos tributarios*.

(79) En este sentido TOHARIA (2003).

ANDRÉS AUCEJO/ROYUELA MOYA (2003), "Análisis estadístico de la litigiosidad en los Tribunales de Justicia. Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Período 1990/2000)", *Documento de Trabajo* 16/03, Instituto de Estudios Fiscales.

CALVO SÁNCHEZ, M.C. (2002), "El coste de la Justicia: especial referencia a las costas en los procesos declarativos de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil", en la obra colectiva *El coste de la Justicia*, publicada por el CGPJ, Madrid, 2002.

CLERIES NERÍN, N. (2002), "Qué pueden hacer los jueces para que la justicia sea menos gravosa a los ciudadanos", en la obra colectiva *El coste de la Justicia*, publicada por el CGPJ, Madrid, 2002.

COBREROS MENDAZONA, E. (2001), "La Violación del 'plazo razonable' por la Jurisdicción Constitucional", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, tomo III de 2001.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Memoria del año* 2003, Madrid.

DE MIGUEL HERRÁN, I. (2002), "El coste de la Justicia en el País Vasco", en la obra colectiva *El coste de la Justicia*, publicada por el CGPJ, Madrid, 2002.

EHMCKE/MARÍN-BARNUEVO (2002), "El coste de la Justicia en Alemania", en la obra colectiva *El coste de la Justicia*, publicada por el CGPJ, Madrid, 2002.

– (2003), "La revisión e impugnación de los actos tributarios en Derecho Alemán", en la *Revista Crónica Tributaria*, núm. 108/2003.

GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J.J. (2003a), "Plazos medios de finalización en los Tribunales Contencioso-Administrativos ubicados en al Comunidad de Madrid: realidad *versus* expectativas de los usuarios", en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 15, enero-abril 2003.

– (2003b), "Para medir la calidad de la Justicia (I): Abogados". *Documento de Trabajo* 3/2003, *Foro sobre la Reforma y Gestión de la Justicia*, Bilbao, Fundación BBVA.

– (2003c), "Para medir la calidad de la Justicia (II): Procuradores". *Documento de Trabajo* 4/2003, *Foro sobre la Reforma y Gestión de la Justicia*, Bilbao, Fundación BBVA.

MARTÍN REBOLLO (2000), notas a *Leyes Administrativas*, Aranzadi.

MARTÍNEZ MARÍN, A. (1999), "Comentario al artículo 139 LJCA", en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Civitas.

Memoria de la Administración Tributaria, en www.minhac.es

NIETO, A. (2000), *El arbitrio judicial*, Ariel.

PALOMAR OLMEDA, A. (2002), "Sobre los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y su funcionalidad operativa", en *Justicia Administrativa*, núm. 17, octubre 2002.

PASTOR PRIETO, S. (1994), "Qué hacer en los conflictos fiscales. Un análisis económico de las propuestas de actas de conformidad", *Documento de Trabajo* 94/07, Serie Economía, Universidad Carlos III de Madrid.

– (2003), "Dilación, eficiencia y costes", *Documento de Trabajo* 5/2003, *Foro sobre la Reforma y Gestión de la Justicia*, Bilbao, Fundación BBVA.

PASTOR PRIETO/VARGAS PÉREZ (2002), "El coste de la justicia: datos y un poco de análisis" en la obra colectiva *El coste de la Justicia*, publicada por el CGPJ, Madrid, 2002.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2001), "Sobre la situación de la justicia administrativa en los albores del siglo XXI", en la *Revista de Administración Pública*, núm. 154, enero/abril 2001.

TOHARIA CORTÉS, J.J. (2001), *Opinión pública y justicia. La imagen de la justicia en la sociedad española*, Consejo General del Poder Judicial, 2001.

– (2003). "La imagen ciudadana de la Justicia", *Documento de Trabajo* 2/2003, *Foro sobre la Reforma y Gestión de la Justicia*, Bilbao, Fundación BBVA.

URÍA FERNÁNDEZ, F. (2002), "Justicia y Hacienda", en la obra colectiva *El coste de la Justicia*, publicada por el CGPJ, Madrid, 2002.

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 personas. 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.

Resulta importante destacar la reciente creación del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea por la decisión del Consejo de 2 de noviembre de 2004 (DOUE de 9 de noviembre de 2004). Este nuevo órgano jurisdiccional especializado, integrado por siete jueces, será competente para dirimir los litigios en materia de función pública de la Unión Europea, competencia que ejerce actualmente el Tribunal de Primera Instancia. Contra sus resoluciones se podrá interponer un recurso de casación limitado a las cuestiones de Derecho ante el Tribunal de Primera Instancia y, con carácter excepcional, se podrá solicitar un reexamen ante el Tribunal de Justicia.

La creación del Tribunal de la Función Pública Europea, que deberá poder entrar en funciones en el año 2005, constituye un paso importante en la ejecución de las reformas del sistema judicial que prevé el Tratado de Niza. Permitirá reducir la duración de los procedimientos y mejorar la tramitación de los asuntos, no sólo los relativos a la función pública europea, sino también todos los litigios de los que conoce el Tribunal de Primera Instancia.

2. PRINCIPIOS GENERALES

La interesante Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2004 analiza la validez de una Directiva en base a su contraste con los principios generales del Derecho de igualdad de trato, proporcionalidad y obligación de motivación. La sentencia resuelve los Asuntos acumulados C-184/02 y C-223/02, que tienen por objeto dos recursos de anulación contra la Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera (DO L 80, p. 35) interpuestos con arreglo al artículo 230 CE por España y Finlandia contra el Parlamento y el Consejo, apoyados por la Comisión.

España alegó que contrariamente a lo expuesto en los considerandos cuarto y décimo así como en el artículo 1 de la Directiva impugnada, la seguridad vial no es el objeto de dicha Directiva, que es una norma de carácter social cuyo único objetivo es mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los transportistas por carretera. Denunció el perjuicio desproporcionado causado por la citada Directiva a la libertad de que deben disfrutar los conductores autónomos a la hora de organizar sus actividades profesionales.

En relación con el principio de proporcionalidad, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, dicho principio, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que las medidas de que se trate no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando exista la posibilidad de optar entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa (véanse, en particular, las Sentencias de 16 de diciembre de 1999, UDL, C-101/98, Rec. p. I-8841, apartado 30, y de 12 de marzo de 2002, Omega Air y otros, Asuntos acumulados C-27/00 y C-122/00, Rec. p. I-2569, apartado 62).

En el caso de autos, el Tribunal entiende que no vulneran el principio de proporcionalidad las disposiciones de la Directiva impugnada relativas a los conductores autónomos, que pretenden evitar, sin menoscabar su libertad para organizar sus labores generales de tipo administrativo de la forma que consideren más adecuada para sus intereses, que éstos sigan un ritmo de trabajo, por lo que a las actividades vinculadas directamente con el transporte por carretera se refiere, que pueda poner en peligro la seguridad vial.

Los demandantes alegaron también que la inclusión de los transportistas autónomos en el ámbito de aplicación de la Directiva impugnada constituía una discriminación injustificada de éstos en relación con los trabajadores por cuenta ajena, dado que se está tratando de forma igual situaciones que son radicalmente distintas sin que exista justificación objetiva alguna que lo fundamente.

Según jurisprudencia reiterada, el principio de no discriminación exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idénti-

ca situaciones diferentes, a no ser que tal diferenciación esté objetivamente justificada (véanse, en particular, las Sentencias Omega Air y otros, antes citada, apartado 79, y de 9 de septiembre de 2003, Milk Marque y National Farmers' Union, C-137/00, Rec. p. I-7975, apartado 126).

En el asunto resuelto por Sentencia del TJCE de 9 de septiembre de 2004, el Tribunal señaló que, por lo que respecta a la ordenación de su tiempo de trabajo, sobre la cual versa la Directiva impugnada, los conductores autónomos y los conductores por cuenta ajena no están en la misma situación. En efecto, los primeros deben asumir, además de las actividades vinculadas directamente al transporte por carretera, labores generales de tipo administrativo que no son propias de los segundos: "de la lectura de las disposiciones del artículo 3, letra a), de la Directiva impugnada, relativas a la definición del tiempo de trabajo en el caso de los trabajadores móviles por cuenta ajena y en el de los conductores autónomos, respectivamente, se desprende que el legislador comunitario tuvo en cuenta esta situación diferente. En efecto, por lo que se refiere a los trabajadores por cuenta ajena, dicha Directiva regula la totalidad de su tiempo de trabajo, a saber, el tiempo dedicado a las actividades de transporte por carretera, como las enumeradas en el mencionado artículo 3, letra a), punto 1, primer guión, pero también 'los períodos durante los cuales el trabajador móvil no puede disponer libremente de su tiempo y tiene que permanecer en su lugar de trabajo, dispuesto a realizar su trabajo normal, realizando determinadas tareas relacionadas con el servicio (...)' [artículo 3, letra a), punto 1, segundo guión]. Por lo que atañe a los conductores autónomos, se limita a regular la parte de las actividades que éstos tienen en común con los trabajadores por cuenta ajena, a saber, las actividades de transporte por carretera citadas, dejando fuera de su ámbito de aplicación las actividades, características del estatuto del trabajador autónomo, que corresponden a las '(...) labores generales de tipo administrativo que no están directamente vinculadas a una operación de transporte específica en marcha.' [artículo 3, letra a), punto 2]".

En su recurso, España y Finlandia sostuvieron por último que la inclusión de los conductores autónomos en el ámbito de aplicación de la Directiva impugnada se produce sin que exista un razonamiento que la justifique. Denunciaron la carencia de rigor y de lógica del octavo considerando de dicha Directiva y subrayaron la falta de solidez del razonamiento del legislador.

Sin embargo, el Tribunal señaló que las consideraciones relativas a las lagunas del marco jurídico actual, expuestas en los considerandos primero y segundo de la Directiva impugnada, así como los objetivos generales de seguridad vial y de aproximación de las condiciones de competencia, identificados en los considerandos cuarto, décimo y undécimo de la citada Directiva, "se refieren también a los conductores autónomos y bastan por tanto, a la luz de las exigencias de motivación establecidas por la jurisprudencia en el ámbito de los actos de alcance general (véanse las Sentencias de 19 de noviembre de 1998, Reino Unido/Consejo, C-150/94, Rec. p. I-7235, apartados 25 y 26, así como de 7 de noviembre de 2000, Luxemburgo/Parlamento y Consejo, C-168/98, Rec. p. I-9131, apartados 62 y 66), para justificar la posible aplicación ulterior de la Directiva a esta categoría de personas que realizan actividades móviles de transporte. Además, como señalan con razón el Parlamento y la Comisión, el Reino de España y la República de Finlandia, a

través de su participación en los trabajos del Consejo, han estado directamente implicados en el proceso de elaboración de la Directiva impugnada y conocen, por consiguiente, las razones que han servido de fundamento a las disposiciones de dicha Directiva relativas a los conductores autónomos (véase, en este sentido, la Sentencia de 22 de junio de 1993, Alemania/Comisión, C-54/91, Rec. p. I-3399, apartado 11)".

A la luz de las consideraciones anteriores, el TJCE desestimó los recursos en su totalidad.

3. FUENTES

Pocas novedades pueden destacarse de los pronunciamientos del TJCE emitidos en el período de referencia a que se circunscribe este número de la Revista *Justicia Administrativa* pudiéndose, no obstante, destacar la **STJCE de 30 de septiembre de 2004, As. C-496/03, Comisión c. República Francesa**. En ella, se reiteran dos importantes ideas que, como *leit-motiv*, se reiteran al tratar las fuentes comunitarias en general y las directivas en particular.

En primer lugar, la citada STJCE incide en una reiterada doctrina del Alto Tribunal Comunitario con relación al momento en el que ha de constatarse el incumplimiento de un Estado miembro de su obligación de adaptar el Derecho interno a una Directiva comunitaria. Pues bien, la apreciación de tal circunstancia tendrá lugar en función de la situación normativa del Estado miembro al final del plazo señalado en el dictamen motivado, de modo que cualquier cambio acaecido con posterioridad no tendrá ningún efecto.

En segundo término, el referido pronunciamiento recuerda que los Estados miembros no pueden invocar circunstancias internas ni dificultades prácticas para justificar la no adaptación de su Derecho interno al comunitario en los plazos señalados.

4. RECURSOS

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

Durante el período al cual se subscribe la presente crónica no han aparecido novedades substanciales en las sentencias de los Tribunales de Justicia y de Primera Instancia. No obstante, sí hay que recordar la reciente creación del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea por la decisión del Consejo de 2 de noviembre de 2004 (DOUE de 9 de noviembre de 2004).

En primer lugar, entre algunas sentencias, conviene destacar la STPI (Sala Quinta), de 28 de octubre de 2004, Asuntos acumulados T-219/02 y T-337/02, Lutz, en la cual el TPI afirmó que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea si bien "ha sido invocada en varias ocasiones por los Tribunales comunitarios como fuente de inspiración

para el reconocimiento y la protección de los derechos de los ciudadanos y como criterio de referencia de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario, no lo es menos que en el momento actual se trata de una declaración carente de fuerza jurídica vinculante".

Igualmente hay que destacar la STJ de 5 de octubre de 2004, Asunto C-475/01, Grecia, dictada en Pleno. Una sentencia que determina que si existe una normativa contraria al Tratado hasta que esa normativa no es anulada, o en su caso declarada contraria por el Tribunal de Justicia, los actos en ejecución son conformes al derecho comunitario. En el supuesto concreto se enjuició la aplicación de un tipo impositivo inferior al aplicado a otras bebidas alcohólicas. En la STPI (Sala Segunda) de 28 de septiembre de 2004, Asunto T-310/00, MCI, el Tribunal de Primera Instancia continuó la jurisprudencia Gencor que determina que una empresa participante en una operación de concentración proyectada conserva un interés en ejercitar la acción de anulación de la Decisión de la Comisión por la que se declara dicha operación incompatible con el mercado común aunque la operación ya no pueda realizarse debido a la desaparición del fundamento contractual de la misma, ni siquiera en el caso de que la sentencia del Tribunal de Primera Instancia fuera favorable a la demandante. Con lo cual cuando el abandono de una operación de concentración no ha sido voluntario, sino que es la "consecuencia directa" de una decisión de la Comisión, la empresa de que se trate conserva un interés en ejercitar la acción de anulación de esa decisión. Por su parte, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada) de 16 de septiembre de 2004, Asunto T-274/01, Valmont, en su fundamento jurídico centésimo décimo segundo sostuvo que "corresponde al Tribunal de Primera Instancia, cuando conoce de un recurso de anulación contra un acto comunitario, interpretar por sí mismo dicho acto, en particular cuando, como en el caso de autos, la institución autora del mismo da explicaciones sobre la forma en que hay que interpretar las consideraciones que se recogen en dicho acto". Finalmente, respecto la motivación de los actos comunitarios, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) en su Sentencia de 9 de septiembre de 2001, continuando con la línea jurisprudencial establecida, sostuvo en su fundamento jurídico quincuagésimo que "no se exige, por el contrario, que la motivación especifique todos los elementos de hecho o de Derecho pertinentes. En efecto, la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias del artículo 253 CE debe apreciarse en relación no sólo con su tenor literal, sino también de su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate, máxime cuando los Estados miembros han estado estrechamente asociados al proceso de elaboración del acto objeto de litigio y conocen por tanto, las razones que motivan este acto".

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

En las más de cincuenta sentencias prejudiciales estudiadas durante el período que comprende esta crónica, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha experimentado variación digna de ser mencionada; ni en cuanto a los asuntos abordados, ni en cuanto al sentido de sus pronunciamientos.

Una vez más, las decisiones prejudiciales del Tribunal de Justicia (tanto de interpretación, como de validez) enfrentan materias de sobra conocidas por todos, tales como: los requisitos de admisibilidad, la pertinencia o no del planteamiento prejudicial, o el reparto de roles entre el juez nacional y el juez comunitario. Materias que, en lo que aquí nos interesa, no han hecho variar ni un ápice la reiterada jurisprudencia del Tribunal.

En consecuencia, no nos queda sino dar cumplida noticia de aquellas sentencias prejudiciales que más claramente sintetizan la argumentación del Tribunal de Justicia en los ámbitos que ahora nos ocupan: cuestiones prejudiciales y medidas cautelares.

En lo concerniente a las cuestiones prejudiciales de interpretación, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre algunos de los aspectos básicos del procedimiento prejudicial, a saber: los requisitos de admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, la pertinencia de su planteamiento, el reparto de atribuciones entre juez comunitario y juez nacional al interno del procedimiento, y la eventual extensión de la competencia del Tribunal para conocer de preceptos no incluidos en la resolución de remisión.

Los requisitos de admisibilidad de las cuestiones prejudiciales constituyen el contenido principal de la STJUE de 15 de julio de 2004, Lenz, As. C-315/02; la STJUE de 9 de septiembre de 2004, Carbonati Apuani, As. C-72/03; la STJUE de 7 de octubre de 2004, Sintesi, As. C-247/02, y la STJUE de 12 de octubre de 2004, Wolf & Muller, As. C-60/03.

La **STJUE de 15 de julio de 2004, Lenz, As. C-315/02,** es sin duda la que mayor interés presenta, pues, excepcionalmente y en contra de lo que se ha convertido en norma, el Tribunal de Justicia declara la inadmisibilidad de una de las cuestiones prejudiciales planteadas.

En efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la inadmisión de una cuestión prejudicial constituye la excepción a la regla general de la admisión y sólo tiene cabida en una serie de supuestos tasados, entre otros, cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no guarda relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal. Esto es, cuando el problema es de naturaleza hipotética o teórica. Pues bien, así ocurre en el caso que ahora nos ocupa.

Así es, en la STJUE de 15 de julio de 2004, Lenz, As. C-315/02, en opinión del Tribunal de Justicia, y también de la Sra. Lenz y de la Comisión (ap. 51 de la Sentencia), la disposición comunitaria discutida (deducción del impuesto de sociedades en el Estado de

residencia por abono en otro Estado miembro) no estaba vigente en el momento en el que tuvieron lugar los hechos que originaron el litigio principal (ap. 53 de la Sentencia). En consecuencia, ello impide establecer ningún tipo de relación entre la interpretación de Derecho comunitario que se solicita y el objeto de la causa principal; ni tan siquiera realizando una interpretación amplia de la Ley.

Como es lógico, de lo anterior resulta (ap. 54 de la Sentencia) que no procede responder a la cuestión planteada.

En otras palabras, y con base en el carácter meramente hipotético de la cuestión suscitada, el Tribunal de Justicia estima improcedente dar respuesta a la misma. De este modo, esta Sentencia pasa a formar parte del hasta ahora reducido número de pronunciamientos prejudiciales que declaran la inadmisibilidad de una cuestión prejudicial.

Lo contrario ocurre en las SSTJUE de 9 de septiembre de 2004, Carbonati Apuani, As. C-72/03, de 7 de octubre de 2004, Sintesi, As. C-247/02 y de 12 de octubre de 2004, Wolf & Muller, As. C-60/03.

En efecto, al igual que la anterior, todas ellas abordan la cuestión de los requisitos de admisibilidad. Pero a diferencia de aquélla, en todos los casos el Tribunal de Justicia desestima los motivos de inadmisión y declara la admisibilidad de la cuestión (o cuestiones) planteadas.

Así, en la **STJUE de 9 de septiembre de 2004, Carbonati Apuani, As. C-72/03,** la Comisión alega la falta de una adecuada definición del contexto fáctico y jurídico en la resolución de remisión (véanse los aps. 9 y 10 de la Sentencia), otro de los motivos tasados de inadmisión.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia, tras matizar que las resoluciones de remisión no tienen que contener una definición adecuada o precisa del contexto fáctico y jurídico sino tan sólo un "mínimo de explicaciones" (ap. 11 de la Sentencia), examina si efectivamente concurre o no el motivo de inadmisión alegado.

A juicio del Tribunal (ap. 12 de la Sentencia), y en lo que concierne al contexto jurídico: "la resolución de remisión expone, con precisión, el marco normativo aplicable". En cuanto al contexto fáctico, la resolución de remisión explica "suficientemente" los hechos y el objeto del litigio principal.

En consecuencia (ap. 14 de la Sentencia) y en tales circunstancias, debe declararse la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

En términos parecidos y a parecida conclusión llega el Tribunal de Justicia en la **STJUE de 7 de octubre de 2004, Sintesi, As. C-247/02.**

En este asunto, el motivo de inadmisión alegado por el Gobierno italiano y por la Comisión (aps. 18 y 19 de la Sentencia) es el carácter meramente teórico de las cuestio-

nes planteadas, con base en la eventual inaplicabilidad del precepto de Derecho comunitario discutido.

El Tribunal de Justicia, tras recordar que el procedimiento prejudicial es un instrumento de cooperación entre el propio Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales (ap. 21 de la Sentencia), y que son estos últimos quienes deben asumir la responsabilidad –tanto de la necesidad como de la pertinencia– de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, desestima el motivo alegado.

En opinión del Tribunal (ap. 23 de la Sentencia) no resulta en absoluto evidente que la interpretación del precepto comunitario discutido carezca de toda utilidad para la solución del litigio principal, según lo que en él se contiene.

De acuerdo a la postura del Tribunal, decae de inmediato el argumento del carácter meramente hipotético o teórico de la cuestión planteada, y en consecuencia (ap. 24 de la Sentencia): "procede declarar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial".

También en la **STJUE, de 12 de octubre de 2004, Wolf & Muller, As. C-60/03**, el Tribunal de Justicia tiene ocasión de pronunciarse sobre los requisitos de admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, llegando a una solución idéntica a las dos anteriores; esto es, declara la admisibilidad de la petición prejudicial planteada.

En este caso, es la Comisión quien argumenta en contra de la admisibilidad con base –una vez más– en el carácter meramente hipotético o teórico de la cuestión suscitada (ap. 20 de la Sentencia), aduciendo que dicha cuestión (la responsabilidad como fiador por las cotizaciones a un organismo común establecido por las partes de un convenio colectivo) no debe ser objeto de examen en el marco de un procedimiento prejudicial. La cuestión planteada es pues, meramente hipotética.

Sin embargo, a juicio del Tribunal de Justicia, la responsabilidad como fiador a la que antes se aludía, está "íntimamente vinculada" con el objeto del litigio principal (pago del salario mínimo), según explica el ap. 22 de la Sentencia.

Resulta evidente que, si seguimos la postura mantenida por el Tribunal de Justicia, la conclusión a la que debemos llegar no puede ser otra: declarar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial, como de hecho así lo hace el propio Tribunal de Justicia en el ap. 23 de la Sentencia.

En síntesis, y tal y como ha quedado demostrado, la admisibilidad-inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales constituye uno de los argumentos "estrella" del Tribunal y una dualidad habitual al interno del procedimiento prejudicial. Una dualidad que, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debe seguir resolviéndose a favor del primero de los términos que la integran: la admisibilidad.

Sea como fuere, el Tribunal de Justicia también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre otras materias, al margen de los requisitos de admisibilidad de las cuestiones prejudiciales. Otras materias tales como, la extensión de su propia competencia interpretativa, el reparto de atribuciones entre juez comunitario y juez nacional, o la falta de competencia del Tribunal para declarar la compatibilidad de una norma nacional con el Derecho comunitario.

En cuanto a la facultad del Juez comunitario para extender su competencia interpretativa a aquellos preceptos no sometidos a su examen, el Tribunal de Justicia en la **STJUE de 15 de julio de 2004, Lindfors, As. C-365/02**, recuerda que (ap. 32 de la Sentencia): aunque formalmente el juez interno pueda limitar la petición prejudicial a un precepto comunitario concreto, el Tribunal, en aras de facilitar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación del Derecho comunitario que puedan serle útiles, puede examinar cualquier otro precepto o preceptos de Derecho europeo, con independencia de que dicho órgano nacional haya hecho o no referencia a ellos.

Dicho de otro modo, el Tribunal de Justicia, en el ejercicio de su labor de intérprete del Derecho comunitario y con el fin de asegurar la utilidad de su respuesta, puede examinar un precepto o preceptos distintos a los que el órgano jurisdiccional de remisión indica en su petición prejudicial. De esta manera, el solo planteamiento prejudicial abre la puerta al Tribunal de Justicia para poder interpretar cualesquiera disposiciones del Derecho comunitario que guarden relación con el litigio principal. A nuestro juicio, esta facultad no es en ningún modo censurable, ya que el órgano de remisión puede no conocer suficientemente todos y cada uno de los preceptos comunitarios aplicables al caso.

En lo que concierne al reparto de papeles entre el juez nacional y el juez comunitario al interno del procedimiento prejudicial, el Tribunal de Justicia, en la **STJUE de 15 de julio de 2004, Douwe Egberts, As. C-239/02** y en la **STJUE de 15 de julio de 2004, Syndicat professionnel de coordination des pêcheurs de l' Etang de Berre y de la Région, As. C-213/03**, insiste (aps. 19 y 28, respectivamente, de las Sentencias arriba citadas) en que corresponde al órgano jurisdiccional interno, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad como la pertinencia de la petición prejudicial que plantea al Tribunal de Justicia.

En lo que respecta a la delimitación de las competencias que corresponde ejercer al propio Tribunal de Justicia, en la **STJUE de 23 de septiembre de 2004, Spedition Ulustrans, As. C-414/02**, el Tribunal Comunitario advierte una vez más que no corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la compatibilidad de las disposiciones de una ley nacional con el Derecho comunitario. Por el contrario, el Tribunal de Justicia es competente tan sólo para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad.

Por último, conviene precisar que ante el Tribunal de Justicia no sólo se han sustanciado cuestiones prejudiciales de interpretación, sino también cuestiones prejudiciales de

validez. Esto es, peticiones prejudiciales en las que se discute la corrección jurídica del precepto o preceptos relacionados con el litigio principal.

Cítense a este respecto, la **STJUE de 15 de julio de 2004, Di Lenardo, As. ac. C-37/02 y C-38/02** (en la que se cuestiona la validez de los artículos 1, 3, 4, 5, 6, letra c) y 31 del Reglamento CE 896/2001, de la Comisión, de 7 de mayo de 2001) o la **STJUE de 12 de octubre de 2004, Nicoli, As. C-87/00** (que tiene por objeto la validez del Reglamento CE 1361/98 del Consejo, de 26 de junio de 1998).

Se trata de sentencias que no tienen para nosotros ningún valor, más allá de ser las dos únicas sentencias prejudiciales que atañen a la validez de disposiciones de Derecho comunitario. En lo demás, y como viene siendo habitual, el Tribunal de Justicia no encuentra –en ninguno de los dos casos– elementos que puedan afectar a la validez de los preceptos controvertidos.

Durante el período que comprende esta crónica, ningún pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ni ninguna conclusión del Abogado General, han hecho referencia alguna al problema derivado de la eventual adopción de medidas cautelares por parte de órganos jurisdiccionales internos, encaminadas a garantizar la aplicabilidad y la eficacia del Derecho Europeo. De ahí, que no se incluya ningún comentario a este respecto.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

Antes de comenzar con el comentario jurisprudencial propiamente dicho, debemos hacer mención nuevamente al Proyecto de Constitución Europea. En el número anterior dábamos cuenta de las modificaciones añadidas al Proyecto inicialmente presentado por la Convención que tuvieron lugar en la Reunión de los Jefes de Estado o de Gobierno celebrada en Bruselas los días 17 y 18 de junio de 2004, en la que fueron aprobados los textos modificados de la Constitución Europea que constituyen el resultado de la Conferencia Intergubernamental. El siguiente hecho al que es obligado hacer referencia es la firma en la sala de los Orazi y los Curiazi del Capitolio de Roma, en el mismo lugar donde se firmaron los Tratados Fundacionales en 1957, de la Constitución Europea por parte de los jefes de Estado y Gobierno de los veinticinco Estados miembros. Ahora, sólo falta que los ciudadanos de la UE ratifiquen el tratado en sus respectivos referendos nacionales, un proceso que se estima que pueda durar unos dos años, y cuyo resultado final, dada la regla de la unanimidad, es todavía incierto.

Volviendo al tema de la libre circulación de mercancías señalamos nuevamente que esta materia se relega en el texto de la Constitución Europea a la Sección Tercera (llamada precisamente "Libre Circulación de Mercancías") del Capítulo I ("Mercado Interior") del Título III ("De la acción y las políticas interiores") de la Parte III de la Constitución

Europea (relativo a "De las Políticas y el funcionamiento de la Unión"), o lo que es lo mismo, los artículos III-36 a III-44 de la Constitución Europea. Consideramos por ello conveniente continuar realizando doble remisión (que se indicará entre paréntesis) que permita al lector, cuando analicemos alguna Sentencia, localizar el artículo enjuiciado en el nuevo texto de la Constitución Europea (que abreviaremos como CEU, en espera de que este u otro acrónimo acabe por arraigar).

Para facilitar esta tarea, e ir acostumbrando al lector a la doble cita de artículos ofrecemos una tabla orientativa de las equivalencias entre el texto del actual TCE y el CEU:

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

En el período objeto de análisis (agosto a noviembre de 2004) se han dictado un total de cinco sentencias en esta materia. La primera de ellas la **STJCE de 28 de octubre de 2004 (Sala Cuarta), As. C-497/03,** Comisión contra Austria, en la cual se enjuiciaba si la prohibición de venta por correspondencia de determinados productos alimenticios constituía una medida de efecto equivalente. A pesar de las argumentaciones austriacas de que no era posible controlar sanitariamente la venta por correo de determinados productos alimenticios, el Tribunal estima que ello es un incumplimiento por parte de Austria de las obligaciones contenidas en el artículo 28 TCE.

En segundo lugar, la **STJCE de 21 de octubre de 2004 (Sala Quinta), As. C-426/02,** Comisión contra Grecia. En este asunto la Comisión estima que Grecia había incumplido las obligaciones comunitarias al aplicar una tasa a favor de un organismo estatal que controla los medicamentos en Grecia, una tasa decimos sobre materias primas provenientes de otros Estados y destinadas a la fabricación de medicamentos. El TJCE da la razón a la Comisión y estima que al haber establecido a favor del organismo nacional griego del medicamento, una tasa para la autentificación de las facturas de importación de materias primas para uso farmacéutico y a los medicamentos elaborados y semielaborados provenientes de otros Estados miembros, Grecia había incumplido las obligaciones contenidas en los artículos 23 25 y 133 CE.

En tercer lugar, la **STJCE de 14 de octubre de 2004 (Sala Primera), As. C-143/03, Comisión contra Italia**, analiza si es contrario a Derecho comunitario una regulación italiana que somete las pilas alcalinas a un determinado etiquetaje que imponía la indicación del contenido de metales pesados. Como normativa comunitaria, existe una Directiva 91/157/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991, relativa a las pilas y acumuladores que contengan ciertas materias peligrosas (DOCE L 78, p. 38), modificada a su vez por la Directiva 98/101/CE de la Comisión, de 22 de diciembre de 1998 (DOCE L 1, p. 1,), sobre la eliminación controlada de las pilas y acumuladores. La discusión se centraba en un aspecto muy concreto: si las pilas alcalinas de manganeso estaban dentro del ámbito de aplicación de dicha Directiva. Para el Tribunal, la imposición de una marca o identificación a las pilas discutidas (pilas alcalinas que contuvieran menos del 0,0005 por ciento de su peso en mercurio) a un régimen de marca que impone la indicación de la presencia de metales pesados, constituye una medida de efecto equivalente.

En cuarto lugar, la **STJCE de 12 de octubre de 2004 (Sala Quinta), As. C-263/03, Comisión contra Francia**. Se trata nuevamente de un tema sobre medicamentos, que tantos pronunciamientos del Tribunal han dado lugar ya, y que como es posible imaginar, tiene su origen en una reclamación de la potente industria farmacéutica. Concretamente, en esta sentencia se analiza si la legislación francesa (el Código de la Salud Pública) respecto de las importaciones de medicamentos provenientes de otros Estados cuando dichos medicamentos ya se encuentran autorizados en Francia (la llamada "importación paralela") era conforme a Derecho comunitario. No es que la regulación impusiera trabas, sino que no se preveía esta modalidad, quedando dentro de una amplia discrecionalidad de la Administración francesa la resolución de este tipo de importaciones. Para el TJCE el asunto no ofrece dudas: al no haber previsto regulación (por tanto, incumplimiento por omisión) de una regulación específica para la autorización de importaciones paralelas de medicamentos, Francia incumplió las obligaciones del artículo 28 TCE.

Por último, la **STJCE de 12 de octubre de 2004 (Sala Quinta), As. C-263/03, Comisión contra Francia**, relativa al famoso "mármol de Carrara" analiza si existe una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana respecto del impuesto municipal percibido por el Ayuntamiento de Carrara sobre el mármol extraído en el territorio de dicho municipio cuando es transportado fuera de los límites del territorio municipal.

En el procedimiento queda acreditado que el impuesto sobre el mármol se aplica a cualquier mármol de Carrara que atraviese los confines de dicho municipio, sin hacer ninguna distinción entre aquellos mármoles cuyo destino final se halle en Italia y aquellos otros que vayan destinados a otros Estados miembros. Por consiguiente, el impuesto sobre el mármol afecta al comercio entre Estados miembros, por su naturaleza y su contenido (véase la sentencia Lancry y otros, antes citada, ap. 30; véanse, en el mismo sentido, por lo que atañe a las medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, las sen-

tencias de 15 de diciembre de 1982, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, 286/81, Rec. p. 4575, ap. 9; de 15 de diciembre de 1993, Ligur Carni y otros, Asuntos acumulados C-277/91, C-318/91 y C-319/91, Rec. p. I-6621, ap. 36 y 37; de 13 de enero de 2000, TK-Heimdienst, C-254/98, Rec. p. I-151, ap. 27 a 31, y de 5 de diciembre de 2000, Guimont, C-448/98, Rec. p. I-10663, ap. 21 a 23).

Para el TJCE un impuesto proporcional al peso de una mercancía, percibido solamente en un municipio de un Estado miembro y que grava una categoría de mercancías por el hecho de que éstas son transportadas fuera de los límites territoriales del municipio, constituye una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana a la exportación en el sentido del artículo 23 CE, con independencia de que el impuesto grave también aquellas mercancías cuyo destino final se halle en el interior del Estado miembro de que se trate. Respecto a los efectos de la sentencia, el artículo 23 CE no puede ser invocado en apoyo de solicitudes de devolución de cantidades percibidas antes del 16 de julio de 1992 en concepto del impuesto sobre el mármol, salvo por aquellos solicitantes que, antes de la citada fecha, hayan interpuesto un recurso judicial o hayan presentado una reclamación equivalente. Sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe (sentencias Legros y otros, antes citada, ap. 30, y de 23 de mayo de 2000, Buchner y otros, C-104/98, Rec. p. I-3625, ap. 39).

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 Constitución Europea relega la libre prestación de servicios la Subsección Tercera (llamada precisamente "Libertad de prestación de servicios") de la Sección Segunda ("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. Consideramos por ello conveniente empezar a hacer una doble remisión (que se indicará entre paréntesis) que permita al lector, cuando analicemos alguna Sentencia, localizar el artículo enjuiciado en el nuevo texto de la Constitución Europea (que abreviaremos como CEU, en espera de que este u otro acrónimo acabe por arraigar).

Por ello, para facilitar esta tarea, e ir acostumbrando al lector a la doble cita de artículos ofrecemos una tabla orientativa de las equivalencias entre el texto del actual TCE y la CEU:

Tratado de la Comunidad Europea (TCE)	Texto de la Constitución Europea (CEU)
Art. 49 TCE (*ex* artículo 59)	Art. III-29 CEU
Art. 50 TCE (*ex* artículo 60)	Art. III-30 CEU
Art. 51 TCE (*ex* artículo 61)	Art. III-31 CEU
Art. 52 TCE (*ex* artículo 63)	Art. III-32 CEU
Art. 53 TCE (*ex* artículo 64)	Art. III-33 CEU
Art. 54 TCE (*ex* artículo 65)	Art. III-34 CEU
Art. 55 TCE (*ex* artículo 66)	Art. III-35 CEU

En el período analizado (agosto a noviembre de 2004) se han dictado un total de seis sentencias sobre este tema. La primera de ellas es la **STJCE de 21 de octubre de 2004 (Sala Primera), As. C-445/03, Comisión contra Luxemburgo**, donde se enjuician una serie de exigencias impuestas por Luxemburgo a las empresas que destinan a su territorio a trabajadores por cuenta ajena nacionales de Estados terceros. Concretamente Luxemburgo venía exigiendo un permiso individual de trabajo o una autorización colectiva de trabajo al prestador de servicios establecido en otro Estado miembro que deseara desplazar a su personal, formado por nacionales de Estados terceros que residen y trabajan regularmente en ese Estado miembro, y supeditaba la expedición de dicho permiso o autorización a consideraciones vinculadas al mercado de trabajo, así como a la existencia de un contrato concertado por tiempo indefinido y de una relación laboral anterior con el mismo prestador de servicios que se haya iniciado al menos seis meses antes. Asimismo exigía también una garantía bancaria al mismo prestador de servicios de un mínimo de 1.487 euros. Para el TJCE, según reiterada jurisprudencia, el artículo 49 CE no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos (véase, en particular, la Sentencia de 24 de enero de 2002, Portugaia Construções, C-164/99, Rec. p. I-787, ap. 16, y jurisprudencia citada). Por ello, declaró que Luxemburgo incumplió las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE.

En segundo lugar, la **STJCE de 12 de octubre de 2004 (Sala Segunda), As. C-60/03, "Wolf & Müller"**, presentada como cuestión prejudicial en el marco de un litigio entre la empresa constructora Wolff & Müller, empresa, y el Sr. Pereira Félix, en relación con la responsabilidad de dicha empresa en calidad de fiador por el pago del salario mínimo que el empresario le adeudaba a éste. El artículo 5 de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, interpretado a la luz del artículo 49 CE, no se opone a aquellas disposiciones nacionales según las cuales una

empresa constructora que encarga a otra empresa la ejecución de obras de construcción responde, como fiador que ha renunciado al beneficio de excusión, de las obligaciones de dicha empresa o de un subcontratista por el pago del salario mínimo de un trabajador o de cotizaciones a un organismo común establecido por las partes de un convenio colectivo, cuando el salario mínimo consiste en la cantidad adeudada al trabajador tras la deducción de los impuestos y de las cotizaciones de seguridad social y de fomento del empleo o de otros gastos equivalentes de seguridad social (salario neto), y cuando la protección del salario del trabajador no es el objetivo principal o sólo es un objetivo secundario de dicha normativa.

En tercer lugar, la **STJCE (Sala Primera) de 7 de octubre de 2004, As. C-189/03, Comisión contra Países Bajos,** enjuicia una normativa neerlandesa de 1997 sobre empresas privadas de seguridad y agencias de detectives, al exigir determinados requisitos para el ejercicio de estas actividades contrarios al artículo 49 CE, así como de las Directivas 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años (DO L 19, p. 16), y 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completa la Directiva 89/48/CEE (DO L 209, p. 25).

El TJCE constató la violación del derecho comunitario por parte de los Países Bajos por mantener en vigor unas disposiciones que exigían que las empresas que pretendan prestar servicios en el territorio neerlandés así como sus directivos se hallen en posesión de una autorización, cuya obtención requiere efectuar algunos gastos, sin tener en cuenta las obligaciones a las que el prestador de servicios extranjero esté ya sujeto en el Estado miembro de establecimiento, y que exigen que los miembros del personal de las citadas empresas que sean destinados a los Países Bajos desde el Estado de establecimiento se hallen en posesión de una tarjeta de legitimación expedida por las autoridades neerlandesas, en la medida en que no se tienen en cuenta, para la referida exigencia, los controles a los que los prestadores de servicios transfronterizos se hallan ya sujetos en su Estado miembro de origen.

En cuarto lugar, la **STJCE de 14 de septiembre de 2004 (Sala Segunda), As. C-411/02, Comisión contra Austria,** declara el incumplimiento por parte de Austria, por adaptación incorrecta al Derecho interno de la Directiva 98/10/CE sobre Telecomunicaciones, concretamente, sobre la aplicación de la oferta de red abierta a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo, al haber optado por una facturación consistente en un extracto de los importes clasificados únicamente por tipos de gastos y que no ofrece un nivel de detalle suficiente para garantizar al usuario un control y una comprobación eficaces.

En quinto lugar, la **STJCE (Gran Sala) de 7 de septiembre de 2004, As. C-346/02, Comisión contra Luxemburgo**, se pretendía que se declarase el incumplimiento por parte de Luxemburgo de la Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al se-

guro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida) (DO L 228, p. 1), al haber adoptado y mantenido en vigor un sistema de bonus-malus que tiene consecuencias obligatorias y automáticas sobre las tarifas, y que se aplica a todos los contratos de seguro de vehículos automóviles celebrados en territorio luxemburgués sin distinguir entre las compañías de seguros que tienen su domicilio social en Luxemburgo y las que ejercen su actividad en dicho Estado a través de sucursales o en régimen de libre prestación de servicios. Sin embargo, el recurso se desestimó, por considerar el TJCE que por su impacto en las tarifas de las compañías aseguradoras, el sistema de bonus-malus luxemburgués de que se trata en el presente procedimiento tiene, sin duda, consecuencias en la evolución de las primas. Sin embargo, no lleva a que el Estado fije directamente las tarifas, dado que las compañías de seguros siguen siendo libres para fijar la cuantía de las primas de suscripción. En estas circunstancias, el régimen bonus-malus luxemburgués no puede equipararse a un sistema de autorización de tarifas contrario al principio de libre fijación de tarifas.

El mismo caso que en la sentencia anterior se plantea en la **STJCE de 7 de septiembre de 2004 (Gran Sala), As. C-347/02, Comisión contra Francia**.

b) Libertad de establecimiento

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

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

En el período analizado (agosto a noviembre de 2004) se han producido un total de seis sentencias sobre la materia.

En la primera de ellas, la **STJCE de 14 de octubre de 2004 (Sala Primera), As. C-299/02, Comisión contra Países Bajos**, se enjuiciaba la conformidad a Derecho Comunitario de una normativa neerlandesa que exige como requisito para poder matricular un buque en los Países Bajos que los accionistas, los administradores y las personas físicas encargadas

de la gestión cotidiana de la sociedad comunitaria propietaria del buque tuvieran nacionalidad comunitaria o del EEE y un domicilio comunitario o en el EEE. El Tribunal declaró esta disposición disconforme con los artículos 43 y 48 CE.

En segundo lugar, la **STJCE (Gran Sala) de 12 de octubre de 2004, As. C-222/02, Paul y otros,** enjuicia la adecuación a la normativa comunitaria del sistema de garantía de depósitos respecto de las Directivas 94/19/CE, 77/780/CEE, 89/299/CEE y 89/646/CEE. Concretamente se analizan las medidas de control de la autoridad competente para la protección del depositario. Para el TJCE, desde el momento en que la indemnización a los depositarios está prevista por la Directiva 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, relativa a los sistemas de garantía de depósitos, esta Directiva no puede ser interpretada como opuesta a una normativa nacional según la cual las misiones de la autoridad nacional de vigilancia de los establecimientos de crédito no se cumplen más que en el interés general, lo que excluye que los particulares puedan solicitar reparación de los perjuicios ocasionados por la vigilancia defectuosa por parte de esta autoridad nacional.

Asimismo, la primera Directiva 77/780/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1977, relativa a la coordinación de disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de los establecimientos de crédito y su ejercicio, la Directiva 89/299/CEE del Consejo, de 17 de abril de 1989, relativa a los fondos propios de los establecimientos de crédito, así como la segunda Directiva 89/646/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de disposiciones legales sobre acceso a la actividad de entidades de crédito y su ejercicio, no se oponen a una normativa nacional según la cual las misiones de la autoridad nacional de vigilancia de los establecimientos de crédito no se cumplen más que en el interés general, lo que excluye según el derecho nacional que los particulares puedan solicitar indemnización por los perjuicios causados por una vigilancia deficiente por parte de esta autoridad.

En tercer lugar, la **STJCE (Gran Sala) de 5 de octubre de 2004, As. C-442/02, Caixabank France**, se recurre por esta entidad financiera (filial de la entidad catalana "La Caixa") la normativa francesa que prohíbe remunerar las cuentas corrientes. El TJCE estima que ello es contrario al Derecho de establecimiento por cuanto el artículo 43 CE se opone a la normativa de un Estado miembro que prohíbe a una entidad de crédito, filial de una sociedad de otro Estado miembro, que remunere las cuentas corrientes denominadas en euros, abiertas por residentes del primer Estado miembro. Conforme a reiterada jurisprudencia, cuando una medida de esta índole se aplica a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida, como sucede en el asunto principal, puede estar justificada si responde a razones imperiosas de interés general, siempre que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo (véanse, en particular, las Sentencias de 4 de julio de 2000, Haim, C-424/97, Rec. p. I-5123, ap. 57; Mac Quen y otros, antes citada, ap. 26, y de 15 de enero de 2002, Comisión/Italia, C-439/99, Rec. p. I-305, ap. 23).

STJCE (Sala Segunda) de 9 de septiembre de 2004, As. C-195/02, Comisión contra España, en la que se declara el incumplimiento por parte de España de la Directiva 91/439/CEE del

Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el permiso de conducción (DO L 237, p. 1), en su versión modificada por la Directiva 96/47/CE del Consejo, de 23 de julio de 1996 (DO L 235, p. 1), al haber adoptado los artículos 22 a 24 y 25, ap. 2, del Reglamento General de Conductores, aprobado por el Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo (BOE núm. 135, de 6 de junio de 1997), así como la Disposición Transitoria Séptima del mismo Reglamento. La normativa comunitaria se refiere al reconocimiento recíproco de permisos de circulación. La Comisión imputa al Reino de España haber infringido el principio de reconocimiento recíproco de los permisos de conducción, establecido en el artículo 1, ap. 2, de la Directiva 91/439, al haber previsto, en los artículos 22 a 24 del Reglamento General de Conductores, la inscripción obligatoria y sistemática de los permisos de conducción expedidos por los demás Estados miembros cuando sus titulares establezcan su residencia normal en España.

En lo que atañe a la obligatoriedad de la inscripción prevista por la normativa española, ha de recordarse que el artículo 1, ap. 2, de la Directiva 91/439 enuncia el principio de reconocimiento recíproco de los permisos de conducción expedidos por otros Estados miembros y que dicho reconocimiento debe realizarse sin ninguna formalidad (véase, en particular, la Sentencia de 10 de julio de 2003, Comisión/Países Bajos, C-246/00, Rec. p. I-7485, ap. 60). La obligación de reconocimiento recíproco de los permisos de conducción es una obligación clara e incondicional y que los Estados miembros no disponen de ningún margen de apreciación en lo relativo a las medidas que deben adoptar para darle cumplimiento (véase la Sentencia Comisión/Países Bajos, ap. 61). Como declaró el Tribunal de Justicia en el ap. 62 de la Sentencia Comisión/Países Bajos, antes citada, dado que el registro de un permiso de conducción expedido por otro Estado miembro se ha convertido en una obligación, por el hecho de que el titular de dicho permiso puede ser sancionado si, tras haberse establecido en el Estado miembro de acogida, conduce un vehículo sin haber registrado su permiso, el mencionado registro debe considerarse una formalidad en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y es, por ello, contrario al artículo 1, ap. 2, de la Directiva 91/439.

El hecho de que un permiso de conducción expedido por otro Estado miembro no esté registrado en el Estado miembro de acogida no impide que, en los controles que se realicen en carretera, las autoridades competentes de este último Estado puedan aplicar correctamente las disposiciones nacionales en materia de duración de la validez de los permisos de conducción añadiendo la duración que en dicho Estado se prevea a la fecha de expedición mencionada en el permiso (véanse, en este sentido, la sentencia Comisión/Países Bajos, antes citada, ap. 68, y el auto de 29 de enero de 2004, Krüger, C-253/01, Rec. p. I-0000, ap. 27).

Por otro lado, al titular de un permiso de conducción expedido por un Estado miembro que traslade su residencia normal a otro Estado miembro, que haya hecho uso de la facultad prevista en el artículo 1, ap. 3, de la Directiva 91/439, le corresponde aportar la prueba de que ha cumplido las disposiciones del Estado miembro de acogida relativas a la renovación del permiso y a los controles médicos. Bastaría, por tanto, con informar a los titulares de permisos expedidos por otros Estados miembros de las obligaciones que les incumben en virtud de la legislación del Estado miembro de acogida cuando realicen las gestiones necesa-

rias para establecerse en él y con imponer las sanciones previstas en caso de incumplimiento de las disposiciones de que se trata (véanse, en este sentido, la Sentencia Comisión/Países Bajos, antes citada, ap. 69, y el auto Krüger, antes citado, aps. 28 y 34).

STJCE de 9 de septiembre de 2004 (Sala Primera), As. C-417/02, Comisión contra Grecia, se declara el incumplimiento por parte de Grecia de la Directiva 85/384/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1985, para el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos en el sector de la arquitectura, al haber aprobado y al haber mantenido en vigor lo dispuesto en el del Decreto Presidencial núm. 107/1993, de 22 de marzo de 1993, y al haber aceptado que la Cámara Técnica de Grecia, en la que es obligatorio estar inscrito para poder ejercer en Grecia la profesión de arquitecto, tramite con retrasos considerables los expedientes y la inscripción de los nacionales comunitarios titulares de diplomas extranjeros que deben reconocerse en virtud de dicha Directiva.

El artículo 20 de la Directiva 85/384 exige que el procedimiento de admisión del beneficiario al acceso a una de las actividades del sector de la arquitectura se complete en el plazo más breve de tiempo y a más tardar tres meses después de la presentación del expediente completo del interesado; existen varias excepciones que no fueron invocadas por Grecia, siendo lo cierto que los expedientes fueron tramitados con grandes demoras burocráticas. El desarrollo efectivo y rápido del procedimiento de inscripción es uno de los objetivos contemplados por la Directiva 85/384. De esta forma, la necesidad de proceder a la inscripción de los beneficiarios en los plazos más breves posibles se extiende a todo el procedimiento de tramitación de las solicitudes y exige también que se inste a los interesados a completar su solicitud, mediante la presentación de los documentos que falten, en los plazos más breves posibles. Esta obligación forma parte de las que se derivan del artículo 43 CE, cuya finalidad es eliminar las restricciones a la libertad de establecimiento.

Por último, la **STJCE de 9 de septiembre de 2004 (Sala Quinta), As. C-81/03, Comisión contra Austria,** declara el incumplimiento por parte del Estado Austriaco del ejercicio liberal de profesiones paramédicas. Concretamente, se juzga contrario a Derecho comunitario el mantenimiento de la Ley Federal reguladora de las profesiones médicas técnicas de grado medio (fisioterapeutas, técnicos de laboratorio, radiólogos, nutricionistas, logopedas, ergoterapeutas y optometristas). De las anteriores profesiones, se permitía el ejercicio liberal de todas ellas, excepto las de técnico de laboratorio, radiólogo y optometrista. Sin mayores argumentaciones, el Tribunal declara directamente que la imposibilidad de ejercer liberalmente estas profesiones es contraria a los artículos 43 y 49 del TCE.

C) Libre circulación de personas

a) Derechos de entrada y residencia

En relación con este contenido de la libre circulación de personas el TJCE ha dictado en el período analizado dos sentencias. La más importante de estas sentencias, sin duda, es la **STJCE de 19 de octubre de 2004, Chen, As. C-200/02,** en la que se discute el derecho de

un nacional de un Estado miembro de corta edad y el de su madre –que no es nacional de ningún Estado miembro–, a residir en un Estado miembro de acogida. En el supuesto, la Sra. Chen, de nacionalidad china y madre de un niño de la misma nacionalidad, entró en Belfast, en Irlanda del Norte (Reino Unido), para dar a luz a su segundo hijo. Su hija Catherine, nacida varios meses más tarde, adquirió la nacionalidad irlandesa, ya que la normativa de este país permite adquirir la nacionalidad irlandesa a toda persona que nazca en la isla de Irlanda. En cambio, Catherine no tenía derecho a adquirir la nacionalidad británica ni la nacionalidad china. Cuando Catherine y su madre solicitan un permiso de larga duración en el Reino Unido les es denegado. En definitiva, aunque el artículo 18 CE reconoce, con ciertos límites, el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, existen, básicamente, tres aspectos controvertidos que, según las autoridades del Reino Unido, impiden reconocer el derecho en el caso concreto: la ausencia de recursos suficientes por parte de Catherine (pues los mismos sólo los obtiene a través de su madre), la existencia de abuso de derecho por parte de las interesadas y la imposibilidad de reconocer un derecho de residencia a la Sra. Chen ya que no está a cargo de su hija (sino que su hija está a cargo suyo).

En cuanto a la primera de las cuestiones, el artículo 1, ap. 1, de la Directiva 90/364 establece que los Estados miembros podrán exigir a los nacionales de un Estado miembro que quieran disfrutar del derecho de residencia en su territorio, que dispongan para sí mismos y para los miembros de su familia de un seguro de enfermedad que cubra la totalidad de los riesgos en el Estado miembro de acogida. En el supuesto, como se ha adelantado, los Gobiernos irlandés y del Reino Unido argumentan que la existencia de recursos suficientes significa que el interesado, a diferencia de lo que sucede con Catherine, debe disponer él mismo de tales recursos sin que pueda valerse a este respecto de los recursos de un miembro de la familia que, como la Sra. Chen, lo acompaña. Pues bien, para el TJCE esta primera objeción carece de sentido, ya que:

> "a tenor del propio artículo 1, ap. 1, de la Directiva 90/364, basta con que los nacionales de los Estados miembros 'dispongan' de los recursos necesarios, sin que esta disposición implique la más mínima exigencia en cuanto a su procedencia.
>
> Esta interpretación se impone con mayor motivo si se tiene en cuenta que las disposiciones que consagran un principio fundamental como el de la libre circulación de personas deben interpretarse en sentido amplio (apartados 30 y 31) (...)
>
> Una interpretación del requisito relativo al carácter suficiente de los recursos, en el sentido de la Directiva 90/364, como la que propugnan los Gobiernos irlandés y del Reino Unido, añadiría a este requisito, tal y como lo formula dicha Directiva, una exigencia relativa a la procedencia de los recursos que constituiría una injerencia desproporcionada en el ejercicio del derecho fundamental de libre circulación y de residencia garantizado por el artículo 18 CE, puesto que no es necesaria para alcanzar el objetivo perseguido, a saber, la protección del erario de los Estados miembros (apartado 33)".

Por otro lado, en segundo lugar se discute si el desplazamiento de la Sra. Chen a Irlanda del Norte para que su hija adquiera la nacionalidad de otro Estado miembro constituye un intento de utilizar de forma abusiva las normas de Derecho comunitario. En este sentido, la Sra. Chen admite que su estancia en el Reino Unido tenía por objeto crear las condiciones necesarias para que la hija que iba a nacer adquiriera la nacionalidad de otro Estado miembro con el fin de obtener a continuación, para la niña y para ella, un permiso de residencia de larga duración en el Reino Unido. Pues bien, el TJCE rechaza que ello impida reconocer el derecho de residencia de Catherine. En este sentido, el Tribunal de Justicia recuerda que "no corresponde a un Estado miembro limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro, exigiendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales previstas en el Tratado". Y considera que eso sería precisamente lo que sucedería si el Reino Unido pudiera impedir que los nacionales de otros Estados miembros, como Catherine, ejercitaran una libertad fundamental garantizada por el Derecho comunitario sólo porque la adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro tenía por objeto, en realidad, procurar un derecho de residencia a un nacional de un Estado tercero en virtud del Derecho comunitario (apartado 40).

Finalmente, y en relación con el derecho de residencia de la Sra. Chen, el TJCE admite que el artículo 1, ap. 2, letra b), de la Directiva 90/364, que garantiza a los ascendientes del titular del derecho de residencia que "estén a su cargo", sea cual sea su nacionalidad, el derecho a instalarse con dicho titular, no puede conferir un derecho de residencia a una persona que se encuentre en la situación de la Sra. Chen. Ahora bien, este derecho existe, ya que

> "(…) la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un Estado miembro o de un Estado tercero, que se ocupa del cuidado efectivo de un niño al que el artículo 18 CE y la Directiva 90/364 reconocen un derecho de residencia, resida con el niño en el Estado miembro de acogida privaría de todo efecto útil al derecho de residencia de este último. En efecto, es evidente que el disfrute de un derecho de residencia por un niño de corta edad implica necesariamente que el niño tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida durante su estancia en éste" (apartado 45).

Por su parte, en la **STJCE de 7 de septiembre de 2004, Trojani, As. C-456/02,** se analiza si un nacional de un Estado miembro que trabaja en un centro de acogida del Estado miembro receptor percibiendo a cambio una remuneración en especie puede reivindicar un derecho de residencia. Pues bien, el TJCE considera, en primer lugar, que el interesado sólo podrá invocar el artículo 39 CE si el órgano jurisdiccional nacional comprueba el carácter real y efectivo de la actividad por cuenta ajena que realiza. Y en este sentido, añade que "el órgano jurisdiccional remitente habrá de comprobar, en particular, si puede considerarse que las prestaciones efectivamente realizadas por el Sr. Trojani forman parte normalmente del mercado de empleo. A tal efecto, podrán tenerse en cuenta el estatuto y la práctica del centro de acogida, el contenido del proyecto de reinserción social, así como la naturaleza y modalidades de ejecución de las prestaciones (apartado 24)". En segundo lugar, dada la insuficiencia de recursos del interesado, el TJCE concluye que no

puede basar en el artículo 18 CE su derecho a residir en el territorio de un Estado miembro del que no sea nacional.

b) Igualdad de trato

Durante el período examinado, se han dictado tres sentencias relativas a este contenido del derecho de libre circulación de personas.

Así, en primer lugar, la **STJCE de 16 de septiembre de 2004, Merida, As. C-400/02,** versa sobre el pago de un complemento de las prestaciones por desempleo denominado "ayuda económica transitoria". La finalidad de esta ayuda económica transitoria, regulada en el convenio colectivo sobre seguridad social de los trabajadores por cuenta ajena de las fuerzas estacionadas en el territorio de la República Federal de Alemania, es que durante el primer año de desempleo los ingresos de los antiguos trabajadores equivalgan a los que hubiesen percibido en activo. En el supuesto controvertido, el Sr. Merida trabajaba como empleado civil de las fuerzas francesas en Baden-Baden. La retribución bruta que percibía estaba sujeta a imposición en Francia, de modo que, dado que el tipo del impuesto francés sobre los salarios era más bajo que el aplicable en Alemania, el Sr. Merida percibía unos ingresos netos superiores a los de un empleado que se encontrase en una situación idéntica a la suya, pero que residiese en este último Estado miembro. Pues bien, rescindido el contrato del Sr. Merida, las autoridades alemanas, mediante un cálculo ficticio, dedujeron de la retribución del interesado el impuesto alemán sobre los salarios a la hora de calcular el importe de la ayuda económica transitoria. Planteada cuestión prejudicial sobre el litigio, el STJCE considera que se está ante una medida de discriminación indirecta. En este sentido, el Tribunal de Justicia argumenta que durante el primer año que sigue a la extinción de la relación laboral, los ingresos de los antiguos trabajadores residentes en Alemania equivalen a los que hubiesen percibido como trabajadores en activos; sin embargo, en el caso de los trabajadores fronterizos que se encuentren en la situación del Sr. Merida, la deducción ficticia del impuesto alemán sobre los salarios al determinar la base de cálculo de la ayuda económica transitoria no permite llegar al mismo resultado mediante el abono de dicha ayuda, sujeta a imposición en Francia, al igual que lo estaba el salario que recibía anteriormente el Sr. Merida (*vid.* apartado 28).

Por otro lado, la **STJCE de 26 de septiembre de 2004, Comisión c. Austria, As. C-465/01,** que recoge jurisprudencia anterior de la Corte, ha declarado que, en primer lugar, la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 39 CE y del artículo 8 del Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, en su versión modificada por el Reglamento (CEE) núm. 2434/92 del Consejo, de 27 de julio de 1992, así como del artículo 28 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, al negar a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea o del EEE el derecho de elegibilidad en las Cámaras de trabajadores, y que, en segundo lugar, la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le

incumben en virtud de aquellos Acuerdos entre la Comunidad y países terceros, en los que se establece el principio de no discriminación en las condiciones de trabajo en favor de los trabajadores nacionales de los países terceros en cuestión que ejercen legalmente una profesión en un Estado miembro, al negar a los trabajadores procedentes de un país tercero con el que la Comunidad haya celebrado ese tipo de Acuerdo, el derecho de elegibilidad en el comité de empresa y en el Pleno de las Cámaras de trabajadores.

Finalmente, mediante la **STJCE de 26 de septiembre de 2004, Baldinger, As. ac. C-386/02,** el Tribunal de Justicia ha declarado que el Derecho comunitario no se opone a una normativa nacional que deniegue la concesión de la prestación a favor de los antiguos prisioneros de guerra debido a que el interesado no posee la nacionalidad del Estado miembro en cuestión en el momento en que presenta la solicitud. En este sentido, hay que tener en cuenta que el artículo 4 del Reglamento núm. 1408/71, que define el ámbito de aplicación material de este Reglamento, precisa en su apartado 4 que éste no se aplica "a los regímenes de prestaciones en favor de las víctimas de la guerra o de sus consecuencias".

D) Libre circulación de capitales

En el período examinado, el TJCE ha dictado tres sentencias relativas a esta libertad comunitaria; **SSTJCE de 7 de septiembre de 2004, Manninen, As. C-319/02, de 15 de julio de 2004, Weidert, As. C-242/03** y **de 15 de julio de 2004, Lenz, As. C-315/03.**

Las tres sentencias versaban sobre determinadas ventajas fiscales y en todas ellas el TJCE ha declarado que el Derecho comunitario se opone a la ventaja en cuestión. Así, el Tribunal de Justicia ha reiterado que:

> "el artículo 73 D, apartado 1, del Tratado, que, como excepción al principio fundamental de la libre circulación de capitales debe ser objeto de una interpretación estricta, no puede interpretarse en el sentido de que cualquier legislación fiscal que establezca una distinción entre los contribuyentes en función del lugar en que inviertan sus capitales sea automáticamente compatible con el Tratado. En efecto, la excepción del artículo 73 D, apartado 1, del Tratado se encuentra limitada a su vez por el artículo 73 D, apartado 3, del Tratado que prevé que las disposiciones nacionales a las que hace referencia el apartado 1 de este artículo «no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el artículo 73 B'".

Así, el TJCE también ha tenido ocasión de recordar que para que normativas fiscales nacionales como las controvertidas, que establecían una distinción entre los rendimientos del capital distribuidos por sociedades establecidas en el territorio del Estado miembro de que se trata y los procedentes de otros Estados miembros, puedan considerarse compatible con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales, es preciso que la diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o resulte justificada por razones imperiosas de interés general, como la necesidad de pre-

servar la coherencia del régimen tributario, la lucha contra la evasión fiscal y la eficacia de los controles fiscales.

Luis Ortega Álvarez
José Antonio Moreno Molina
Luis F. Maeso Seco
Francisco Sánchez Rodríguez
Juani Morcillo Moreno
Jesús Punzón Moraleda
José María Magán Perales
Isabel Gallego Córcoles

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS

Sumario:

1. Introducción. 2. Procesos constitucionales. A) Recurso de amparo. a) Agotamiento de los recursos: utilización de recurso inidóneo y no utilización de recurso previo [art. 44.1.a) LOTC]. b) Imputación directa de la violación del derecho fundamental a un órgano judicial [art. 44.1.b) LOTC]. c) No invocación previa del derecho vulnerado [art. 44.1.c) LOTC]. d) Extemporaneidad: procedencia de los recursos (art. 44.2 LOTC). e) Legitimación para interponer recurso de amparo: familiares de los difuntos titulares de los derechos lesionados [art. 46.1.b) LOTC]. f) Procedimiento de prueba en el proceso de amparo (art. 89.1 LOTC). B) Cuestión de inconstitucionalidad. a) Requisitos formales y procedimentales del planteamiento de la cuestión obligan a que se realice mediante Auto (art. 35.2 LOTC). C) Conflictos competenciales. a) Ejecución de Sentencias del Tribunal Constitucional. Vinculación de la jurisprudencia constitucional.
3. Conflictos competenciales. A) Régimen económico y fiscal de Canarias: competencia para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas. B) Comercio interior y títulos competenciales estatales: ordenación general de la economía, legislación civil y mercantil, bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (sanciones). C) Cláusula de supletoriedad (art. 149.3 CE): inconstitucionalidad de la declaración expresa en una norma autonómica de la supletoriedad de una norma estatal.

1. INTRODUCCIÓN

No existen, durante el período objeto de la crónica, grandes novedades dignas de ser resaltadas. En materia procesal merece apuntarse la doctrina sentada en la **STC 158/2004, de 21 de septiembre,** en la medida en que hace frente, con una inusual rapidez (se trata de un conflicto planteado en el año 2003), a un torticero intento de evitar la aplicación de jurisprudencia anterior por parte de los poderes centrales. En materia competencial resulta también interesante el debate producido en el seno del Tribunal, en la **STC 157/2004**, de idéntica fecha, debido a la interpretación del alcance de la cláusula de supletoriedad como consecuencia del llamamiento de una ley foral a una ley estatal concreta para colmar las eventuales lagunas de su regulación.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de amparo

a) Agotamiento de los recursos: utilización de recurso inidóneo y no utilización de recurso previo [artículo 44.1.a) LOTC]

En la **STC 129/2004, de 19 de julio**, Sala Segunda, se desestima amparo contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (apelación de juicio de menor cuantía). El TC, ante la posible improcedencia en la utilización del incidente de nulidad de actuaciones por parte de la parte actora, recuerda su reiterada doctrina acerca de la necesaria armonización con el principio de la tutela judicial del plazo de caducidad para la interposición de un amparo por la utilización de un recurso de dudosa procedencia, no pudiéndose exigir al actor que no utilice un recurso que, a su juicio y de manera razonable, pudiese suponer una falta de agotamiento de la vía judicial previa, por lo que no cabe una interpretación restrictiva, salvo en los casos en los que la improcedencia derive de manera terminante, clara e inequívoca del propio texto legal y no quepan criterios interpretativos (FJ 2º). Por otro lado, la **STC 137/2004, de 13 de septiembre**, Sala Primera, se inadmite demanda de amparo contra Auto de la Sala de lo C-A del TS (denegación de permiso de trabajo a un inmigrante). En este caso, ante la pretensión del Ministerio Fiscal acerca de la falta de agotamiento de la vía judicial previa, al no haberse interpuesto contra el Auto impugnado recurso de súplica, previsto en el art. 79 de la LJCA, el TC, en sus FFJJ 2º y 3º, analiza si este recurso era razonablemente exigible y pertinente "sin necesidad de complejos análisis jurídicos". En este caso, es meridianamente clara la idoneidad del recurso de súplica a fin de reparar la lesión al derecho fundamental, pues el Auto no entra dentro de los exceptuados de este recurso (art. 79.1, en relación con el 92 de la LJCA), por lo que no se han agotado todos los recursos internos disponibles.

b) Imputación directa de la violación del derecho fundamental a un órgano judicial [art. 44.1.b) LOTC]

En la **STC 126/2004, de 19 de julio**, Sala Primera, se estima demanda de amparo contra Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid que inadmite una demanda laboral contra AENA. El TC, en su FJ 2º, despeja el óbice procesal acerca de si la violación del derecho fundamental invocado no resulta en el presente caso imputable de modo inmediato y directo al Juzgado de lo Social, sino a la Sala de lo Social del TSJ de Madrid que fue quien recondujo la queja al proceso especial sobre modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Para el Tribunal Constitucional no cabe apreciar la citada queja de inadmisión ya que la lesión del derecho no se había producido por la decisión de la Sala al anular las actuaciones y reponerlas al momento de presentación de la demanda, a fin de que las mismas se sustanciasen por la vía de la modalidad procesal especial, sino por la posterior interpretación de la legalidad ordinaria eventualmente contraria al art. 24.1 realizada por el Juzgado de lo Social, la cual, apreciando caducidad de la acción impidió una resolución sobre el fondo del litigio.

c) No invocación previa del derecho vulnerado [artículo 44.1.c) LOTC]

En la **STC 116/2004, de 12 de julio**, Sala Segunda, se desestima amparo contra un Auto de un Juzgado de Primera Instancia que denegó la nulidad de actuaciones en un juicio hipotecario. El TC, en sus FFJJ 2º y 3º, entra a dirimir la posible falta de invocación previa del derecho vulnerado, tal y como se exige en el art. 44.1.c) LOTC, justificado este requisito por la función tutelar de los derechos y libertades por parte de los jueces y tribunales, sin que haya de exigirse, desde una interpretación literal o excesivamente rigorista, tal y como ha establecido el TC en múltiples Sentencias. En este caso, la recurrente no manifestó en el incidente de nulidad de actuaciones además de la vulneración del derecho a la tutela judicial por una infracción de las normas sobre notificaciones (diligencia de requerimiento de pago), la falta de validez de posteriores notificaciones, ni la validez de las cédulas de notificación por defectos formales, cuestiones, estas, añadidas en la demanda de amparo. El TC considera que "si procediéramos al análisis de las cuestiones que el recurrente en amparo no suscitó, amén de subvertir la necesaria subsidiariedad del amparo constitucional, nos situaríamos ante la ilógica tesitura de dilucidar si el órgano judicial, ante un planteamiento como el que se hace en la demanda de amparo y no se hizo en el proceso judicial, hubiera alcanzado, a la vista de las alegaciones ahora esgrimidas, y entonces admitidas, una conclusión distinta a la plasmada en el Auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones". Por otro lado, la **STC 138/2004, de 13 de septiembre**, Sala Primera, se otorga amparo contra Autos de un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria relativos a una sanción por infracción disciplinaria en centro penitenciario –huelga de hambre–. Ante el óbice procesal de falta de invocación de vulneración del art. 25.1 –sanción contraria al principio de legalidad– en el escrito de interposición de un recurso de reforma ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria y que se invoca posteriormente en el escrito de demanda de amparo, el TC, sin embargo, sí consideró (FJ 2º) que implícitamente sí se manifestó en el escrito pues se invoca la "ausencia de sustento legal de la sanción impuesta y el carácter inconstitucional de la misma". Y es esta vulneración invocada de manera implícita la que obliga a un examen sobre el fondo del asunto, puesto que la invocada explícitamente (art. 17, vulneración del derecho a la libertad personal) en la demanda de amparo, no fue alegada de ninguna manera en la vía judicial previa.

d) Extemporaneidad: procedencia de los recursos (artículo 44.2 LOTC)

En la **STC 131/2004, de 19 de julio**, Sala Segunda, se otorga amparo contra Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona que anularon archivo de una causa por enfermedad profesional que había decretado un Juzgado de Instrucción. Se plantea la tacha procesal, sugerida por el Ministerio Fiscal de alargamiento artificial del plazo establecido para la interposición de la demanda de amparo al presentar el recurrente con anterioridad sucesivamente una petición de aclaración y un incidente de nulidad de actuaciones. El TC, en su FJ 2º, recuerda su reiterada doctrina al manifestar que deben de permitirse cuantos recursos se consideren útiles "siempre que no se vislumbre en ello una intención meramente dilatoria o defraudadora del carácter preclusivo y perentorio del plazo para demandar en amparo, lo que no ocurre en este caso, pues, como afirma el TC, en su FJ 3º, la petición de aclaración puede parecer improcedente, pero no lo es, pues en la misma se pedía la corrección de un error material contenido en el Auto. En lo que concierne al incidente de nulidad no puede

concluirse que fuera manifiestamente improcedente, pues en él se establece un reproche al quebrantamiento de las normas esenciales del procedimiento legalmente establecido en las resoluciones de la Audiencia Provincial que se relacionan con el derecho al juez predeterminado por la ley y que provocan indefensión constitucionalmente prohibida.

e) Legitimación para interponer recurso de amparo: familiares de los difuntos titulares de los derechos lesionados [artículo 46.1.b) LOTC]

En la **STC 123/2004, de 13 de julio**, Sala Primera, se inadmite el amparo a uno de los recurrentes contra Auto de la Sala de lo Militar del TS. Se plantea en el FJ 2º de la Sentencia un problema previo de legitimación de amparo *ex* art. 44.1.b) LOTC, al establecer esta disposición que están legitimados para interponerlo quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente. El TC se reafirma en su doctrina al establecer que no se debe de equiparar la legitimación activa a la parte, pues se aplicaría una restricción al requisito de interés legítimo de los arts. 53.2 y 161.1 CE, siendo necesario incorporar junto a la legitimación activa el presupuesto de haber sido parte, interpretándolo con un marcado carácter flexible orientado a la máxima protección de los derechos y libertades ciudadanas, eximiendo el estricto cumplimiento del mismo cuando obstaculizase injustificadamente el acceso al proceso constitucional. En el presente caso, familiares de condenados a muerte por tribunales militares en Sentencias de 1963, que solicitan su revisión, se hace necesario invocar una interpretación flexible de la LOTC ya que su pretensión se dirige al TC *per saltum* a obtener un pronunciamiento sobre la eventual vulneración de derechos en aquel proceso. El TC reconoce que puedan ser sostenidas en amparo las demandas de los familiares que podían interponer como parte las correspondientes demandas de revisión ante la Sala de lo Militar del TS, inadmitiéndose el amparo a quien no se reconoce como parte a tenor del art. 329 de la Ley Procesal Militar (sobrino de un condenado).

f) Procedimiento de prueba en el proceso de amparo (artículo 89.1 LOTC)

En la **STC 135/2004, de 5 de agosto**, Sala Segunda, se desestima demanda de amparo electoral promovido por la coalición "Galeusca" en relación con la Sentencia de la Sala Tercera de lo C-A del TS que desestimó su demanda sobre la proclamación de candidatos electos al Parlamento Europeo. El art. 89.1 LOTC permite que el TC, de oficio o a instancia de parte, pueda acordar la práctica de prueba cuando lo estime necesario a fin de acreditar la violación de los derechos sin que pueda el TC revisar la valoración de la prueba practicada por los órganos judiciales, siendo exigible que la parte alegue la trascendencia y relevancia de la prueba citada. En este caso, el TC considera que la prueba solicitada es innecesaria e irrelevante. Innecesaria la remisión del expediente del recurso electoral, pues ya el TC lo ha solicitado al TS por providencia de envío de las actuaciones correspondientes al proceso electoral. E irrelevante la petición de requerimiento a todas las Juntas Electorales Provinciales (las elecciones al parlamento Europeo se determinan en una única circunscripción de carácter nacional) del expediente de las actas de escrutinio, pues la coalición demandante sólo impugnó los actos de algunas de ellas, las cuales figuran expresamente en el expediente del recurso electoral (FJ 3º).

B) Cuestión de inconstitucionalidad

a) Requisitos formales y procedimentales del planteamiento de la cuestión obligan a que se realice mediante Auto (artículo 35.2 LOTC)

En la **STC 133/2004, de 22 de julio**, Pleno, se plantean cuestiones de inconstitucionalidad y se desestiman dos de ellas, declarándose inadmisible una, por la Audiencia Provincial de Málaga en relación a determinados artículos del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, donde se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. El TC, en su FJ 1º atiende a la sugerencia del Abogado del Estado referida al deber de proceder al más escrupuloso cumplimiento de lo establecido en el art. 35 de la LOTC, el cual dispone que la decisión definitiva del planteamiento se adopte mediante Auto. El TC, reconociendo que debe hacerse una interpretación flexible de la LOTC, recuerda, no obstante, que transcurridos largos años de aplicación del art. 35, empiezan a no ser disculpables posibles aparcamientos de los trámites a seguir en el planteamiento de la cuestión. No es determinante de inadmisión el que al Auto se acompañe, siendo una irregularidad, informes del Presidente de la Sección que dicta el Auto, como así ocurre en dos de las cuestiones planteadas, pero en la tercera (cuestión 472/2000) la irregularidad excede con mucho un mero aunque injustificado reparto de la formalización de la cuestión entre al Auto y el informe del Presidente del órgano judicial, pues constituye un menoscabo de los presupuestos procesales que son de orden público (STC 14271990, de 20 de septiembre), pues el planteamiento se hace por Sentencia del órgano proponente de la cuestión, faltando, además, el requisito de trámite de audiencia. El TC ante esta inadmisión considera que, sin embargo, no se frustra la finalidad de depuración del ordenamiento jurídico inconstitucional, pues las otras dos cuestiones admitidas, aunque formalmente irregulares, son idénticas a la inadmitida.

C) Conflictos competenciales

a) Ejecución de Sentencias del Tribunal Constitucional. Vinculación de la jurisprudencia constitucional

En la **STC 158/2004, de 21 de septiembre,** se plantea un curioso caso respecto a la eficacia de la jurisprudencia constitucional y de sus decisiones. Es un conflicto positivo de competencias (planteado en 2003) contra una resolución de la dirección general del INEM en virtud de la cual se prorroga para el curso 2002/2003 un programa de ayudas para permisos individuales de formación del curso 2001/2002. La cuestión competencial no es relevante, puesto que sigue la doctrina sentada en las SSTC 95/2002, 190/2002 y 230/2003 (véase, *Justicia Administrativa*, núm. 17, octubre 2002; núm. 19, abril 2003, y núm. 23, enero 2004; debe notarse que se emite un voto particular en coherencia con el emitido a las anteriores decisiones). Lo verdaderamente importante es la secuencia de acontecimientos y las consecuencias que de ello extrae el Tribunal.

La resolución impugnada reconoce (y así lo hace notar el Abogado del Estado) que la prórroga se produce porque el poder central no había podido diseñar el nuevo modelo de gestión de las ayudas que las sentencias citadas exigían. De este modo, ante la perentoriedad de los plazos para la ejecución de las ayudas se procedió a la prórroga del anterior modelo, que previamente había sido declarado inconstitucional.

En la valoración del caso, el TC hace unas interesantes reflexiones sobre el valor jurídico de sus argumentaciones y recuerda que la vinculación a sus decisiones no se extiende sólo al fallo, sino a la correspondiente fundamentación jurídica, especialmente la que contiene los criterios que conducen a la *ratio decidendi* (FJ 4º).

Por último rechaza que la urgencia en la gestión de las ayudas pueda justificar el ejercicio de competencias autonómicas por parte de los poderes estatales.

En fin, nos encontramos ante lo que parece un intento de fraude a la doctrina constitucional por parte de los poderes centrales (utilizando la técnica de la prórroga para no ejecutar los contenidos vinculantes de una decisión del TC) corregida con rapidez y eficacia por parte del Tribunal gracias a la pronta impugnación del acto por una Comunidad Autónoma.

3. CONFLICTOS COMPETENCIALES

Durante el período objeto de la crónica se han dictado cinco Sentencias que resuelven controversias competenciales. Ninguna de ellas contiene novedades dignas de ser destacadas, pues reiteran jurisprudencia ya bastante asentada o no se entra, por motivos procesales, en el fondo de la cuestión. Así, en la **STC 132/2004, de 22 de julio,** el Tribunal tras declarar la pérdida parcial del objeto de la controversia (no en vano se trata de un recurso interpuesto en 1994), tampoco valora un eventual exceso en la concepción de las bases porque la alegación de la Comunidad Autónoma se hace desde un plano meramente abstracto y generalizador. Igualmente en la **STC 134/2004, de 22 de julio,** declara la pérdida parcial del objeto y la inexistencia de controversia competencial como consecuencia de la aprobación de normas posteriores que cumplían los requisitos formales (evacuación de informe previo del Parlamento de Canarias respecto a determinados aspectos del régimen económico y fiscal de las islas) cuyo incumplimiento fundamentaba la anterior impugnación.

A) Régimen económico y fiscal de Canarias: competencia para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas

En la **STC 156/2004, de 21 de septiembre,** dictada como consecuencia de una cuestión de inconstitucionalidad planteada en 1994, se resuelve el problema de las competencias para resolver las reclamaciones económico-administrativas interpuestas contra actos de gestión de un impuesto, el arbitrio sobre la producción y la importación en las Islas Canarias. El conflicto aparecía como consecuencia de una defectuosa redacción de la Ley 20/1991 que parecía asignar la competencia para proceder a resolver tales reclamaciones a las autoridades autonómicas.

Para resolver la controversia, el Tribunal comienza determinando la naturaleza de este complejo tributo. Se trata de un tributo establecido por el Estado y también de titularidad estatal. Así, pese a ser parte del régimen económico y fiscal de Canarias, no puede considerarse ni como un tributo propio de la Comunidad Autónoma, ni como un tributo cedido a ésta. Igualmente, tampoco puede ser considerado como un tributo local porque, pese a que está afectado a la financiación de las entidades locales, éstas carecen de toda competencia respecto al mismo.

Por tanto, a juicio del TC a este tributo le es aplicable la normativa prevista en el art. 19.3 LOFCA en virtud del cual las competencias ejecutivas (incluida la revisión) de los tributos del Estado corresponde a la Administración Tributaria del Estado, sin perjuicio de la posible delegación en favor de la Comunidad Autónoma y de la necesaria colaboración entre administraciones. Sin embargo, a tenor de la LOFCA, dentro de las facultades revisoras que pueden ser objeto de delegación en la Comunidad Autónoma no se encuentra el conocimiento de las reclamaciones económico-administrativas. Por ello, una eventual delegación de las mismas en la norma legal impugnada supondría, como apuntaban las instancias judiciales que plantearon la cuestión, una lesión de los arts. 81 y 150.2 CE, así como de la propia LOFCA y del art. 61 EACan. El TC resuelve la cuestión mediante una interpretación conforme a la constitución del precepto impugnado en virtud de la cual éste no supone la transmisión a las autoridades autonómicas del conocimiento de las reclamaciones económico-administrativas.

B) Comercio interior y títulos competenciales estatales: ordenación general de la economía, legislación civil y mercantil, bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (sanciones)

En la **STC 157/2004, de 21 de septiembre,** se resuelve un caso muy similar al ya planteado en la STC 124/2003 (véase, *Justicia Administrativa*, núm. 22, enero de 2004) sin apenas innovación en la jurisprudencia entonces sentada. Se enjuicia la constitucionalidad de la Ley foral 17/2001, reguladora del comercio en Navarra. Tres son las cuestiones básicas planteadas.

En primer lugar, la determinación de criterios que debía respetar el preceptivo informe del Tribunal de Defensa de la Competencia previo a la concesión de una licencia para la apertura de un gran establecimiento comercial. Ello supone, a juicio del TC, una extralimitación en el ejercicio de competencias autonómicas porque pretende condicionar la actuación de un órgano del Estado sin base competencial para ello, pues la Comunidad Autónoma carece de competencia normativa en la materia "defensa de la competencia". Sin embargo, el que la norma autonómica no enumere expresamente los criterios para el otorgamiento o denegación de la licencia previstos en la normativa estatal no supone infracción del orden competencial (en concreto del título "ordenación general de la economía") en la medida en que puede deducirse su presencia en otros preceptos de la ley impugnada.

La segunda cuestión suscitada es la relativa a la regulación de tipos especiales de venta, en concreto de "promociones de ventas" y "ventas en rebajas". De nuevo el TC reitera su jurisprudencia anterior relativa a esta cuestión. Así, recuerda que la competencia autonómica se limita a regulaciones administrativas que no pueden afectar al régimen de competencia

entre los ofertantes o a las relaciones contractuales, pues lo contrario supone lesión de las competencias estatales en materia de legislación mercantil y de defensa de la competencia.

La tercera y última cuestión competencial suscitada en esta decisión reiterativa de la jurisprudencia anterior, es la relativa a la ausencia de la reincidencia en la infracción de las normas autonómicas como criterio para la graduación de las sanciones impuestas a los infractores. El TC recuerda que entre las competencias estatales *ex* art. 149.1.18ª se incluyen los criterios para establecer la graduación de las sanciones por infracciones administrativas. Sin embargo, ello no impide que la Comunidad Autónoma pueda hacer una ponderación de uno de tales criterios (la reincidencia) en virtud de la cual no aparezca como una causa de agravamiento de la sanción, sino como un nuevo tipo específico de la ley autonómica.

C) Cláusula de supletoriedad (artículo 149.3 CE): inconstitucionalidad de la declaración expresa en una norma autonómica de la supletoriedad de una norma estatal

Una cuestión de distinta naturaleza es también suscitada por la **STC 157/2004**. En concreto dos preceptos de la citada ley foral establecían expresamente que sería de aplicación supletoria la Ley estatal 7/1996, de ordenación del comercio minorista. Para el TC ésta es una extralimitación en el ejercicio de competencias, pues no corresponde al legislador foral determinar la eficacia del derecho estatal aplicable.

Este planteamiento es criticado en el Voto Particular suscrito por dos magistrados quienes consideran que siempre que el legislador autonómico se mantenga en el ámbito de sus propias competencias y no se genere inseguridad jurídica, es posible para el legislador autonómico aprobar este tipo de normas. A través de las mismas, lo único que hace el legislador autonómico es llamar para colmar lagunas a normas específicas. A su juicio, para la mayoría lo decisivo ha sido que la norma invocada para colmar tales lagunas sea *estatal*. Eso no sería, a juicio de ambos, un uso indebido de potestades ajenas, sino una libre opción del legislador competente que prefiere realizar una especificación al aplicador del derecho para colmar las lagunas. En fin, una llamada de este tipo, más que una lesión competencial lo que genera es un beneficioso efecto integrador entre ordenamientos.

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

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Sumario:

1. Consideraciones preliminares. 2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A) Introducción. B) El interminable episodio del Kurdistán. C) Responsabilidad de los Estados sobre toda persona dependiente de su jurisdicción (art. 1). D) Vida privada (art. 8). a) Prohibición de trabajo en el sector privado para antiguos miembros de la KGB (arts. 8 y 14). b) Secreto de la correspondencia, "previsión legal" y pasividad de las autoridades estatales. E) Derecho a la vida familiar (art. 8). a) Relación entre madres e hijos. Medidas judiciales de custodia o alejamiento temporal. b) Pérdida de derechos parentales como consecuencia de una condena por difamación (arts. 8 y 10). c) Vida familiar y alquileres protegidos. Doctrina general sobre el margen de apreciación estatal en derechos socioeconómicos. F) Derecho de propiedad. Margen de apreciación nacional (art. 1 Protocolo 1). G) Derecho de sufragio; incluye los Parlamentos regionales si así se deduce de la estructura constitucional del Estado (art. 3 Protocolo 1). H) El mantenimiento de medidas restrictivas de la libertad de circulación una vez caducada la orden judicial que las autorizó lesiona tal libertad (art. 2 Protocolo 4). I) Principio de legalidad, *ne bis in idem* y recurso extraordinario de revisión (art. 4 Protocolo 7). **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). a) Acceso a la jurisdicción y deber de motivación: los Tribunales consuetudinarios. b) Legitimación de los sindicatos y acción contencioso-administrativa. c) Juicio ejecutivo: eficacia de la letra de cambio y falta de pago del impuesto sobre actos jurídicos documentados. d) Ejecución de Sentencia: reparación insuficiente del derecho a la autodeterminación informativa. B) Proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). a) Juez imparcial: necesidad de plantear la recusación antes de que se firme la Sentencia aun cuando el actor conoce la composición de la Sala después de que se ha votado. b) Derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes. C) Igualdad (art. 14 CE). Prohibición ejercicio de la acusación particular y relación jerárquica. D) Derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE). No concesión de la extradición cuando existen indicios de

persecución: derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes. E) Inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE). Falta de motivación en autorización judicial de entrada en domicilio para ejecutar acuerdo de la Comisión de Tutela del Menor. F) Libertad de expresión e información (art. 20.1 CE). a) Libertad de expresión y relaciones laborales: Profesor que critica a la Universidad donde trabaja. b) Libertad de información de cargo público. c) Relevancia pública y veracidad de la información. G) Acceso a cargos públicos representativos (art. 23.2 CE). Principio de conservación de actos electorales: no hay vulneración del derecho a acceder a cargos representativos si las discrepancias entre las actas de escrutinio y las de la sesión no alteran la asignación de escaños. **4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.** A) Extranjeros (art. 13 CE). a) Derecho de asilo. b) Nacionalidad y conducta cívica. B) Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE). a) Titularidad: la imagen de los fallecidos. b) Derecho al honor e insultos en el ámbito futbolístico. c) El derecho a la propia imagen: las viñetas (art. 18.1 CE). C) Libertad de expresión e información (art. 20.1 CE). Libertad de expresión y derecho de defensa en el seno de un recurso administrativo.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Dentro de la jurisprudencia del TEDH, el asunto Ilascu y otros contra Moldavia y Rusia, de 8 de julio de 2004, es relevante desde el punto de vista político por abordar una cuestión importante para el equilibrio geopolítico de una zona especialmente sensible: el conflicto armado de Transnistrie, una región Moldava que proclamó su independencia en 1991.

Entre las Sentencias dictadas por el TC, tiene cierto interés la STC 113/2004 porque aborda el problema de la posición constitucional de los Tribunales Consuetudinarios, que cumplen una importante función en el ámbito del Derecho de Aguas.

En la jurisprudencia del TS, uno de los datos más destacados del trimestre analizado es el elevado número de Sentencias en las que se resuelven conflictos entre los derechos de la personalidad del art. 18 CE y la libertad de información y expresión (art. 20.1 CE). Desde el 17 de junio de 2004 hasta el 1 de noviembre de 2004, han sido dictadas por la Sala Primera del TS un total de 161 Sentencias en esta materia. La ponderación de derechos que se realiza favorece cada vez más frecuentemente los derechos de la libre comunicación en perjuicio de las posibles vulneraciones del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

Entre el 1 de julio y el 30 de septiembre de 2004 el TEDH ha dictado un total de 160 sentencias. Sin embargo, y como ya viene siendo habitual, un importante número de ellas son para constatar la existencia de dilaciones indebidas en los procesos judiciales de 16 Estados, entre los que no se encuentra España, destacando, en esta ocasión Polonia, que acumula 23 condenas por esta causa. Hay también cuatro casos de dilaciones en la conducción de detenidos a la autoridad judicial contrarias por tanto al art. 5.3 del Convenio.

Del resto, las más importantes son las siguientes:

B) El interminable episodio del Kurdistán

Hay que referirse a un conjunto de Sentencias dictadas en el contexto del interminable episodio del Kurdistán, que han provocado una pluralidad de condenas de Turquía, por vulneración de varios preceptos del Convenio:

Ente ellas hay varias por la actuación de las Cortes de Seguridad del Estado, entre ellas **Murat Kilic contra Turquía, de 30 de septiembre de 2004,** reiterando una jurisprudencia que ha sido ya analizada con frecuencia en este Boletín.

También hay que hacer referencia a varias referidas al derecho a la vida y la situación de los desaparecidos, otra de las constantes en estas crónicas, entre las que destaca especialmente el **Caso Erkek contra Turquía, de 13 de julio de 2004,** y a tratos inhumanos y degradantes sufridos durante detenciones, con vulneración del art. 3, de las que quizás la más significativa sea **Barbak contra Turquía, de 1 de julio de 2004.**

Además, varias condenas por vulneración del art. 10 como consecuencia de condenas por discursos políticos o publicación de libros con ese mismo contenido entre las que merece destacarse **Zarakolu y otro contra Turquía, de 13 de julio de 2004.**

Por último en este contexto hay que señalar el caso **Mehmet Emin Yuksel contra Turquía, de julio de 2004,** un supuesto de tratos prohibidos y ausencia de remedio nacional efectivo del art. 13 del Convenio, que ha de incluir, además del pago de una indemnización apropiada, una adecuada investigación de lo hechos susceptible de llevar a identificar y castigar a los responsables.

C) Responsabilidad de los Estados sobre toda persona dependiente de su jurisdicción (artículo 1)

Ilascu y otros contra Moldavia y Rusia, de 8 de julio de 2004.

Se trata de un complejo asunto con relevancia en derecho internacional público –no tiene tanto interés tiene desde la perspectiva del contenido de derechos fundamentales

sustantivos– y asimismo dotado de interés procesal. Es una larguísima Sentencia de más de 150 páginas. El problema reside en determinar la responsabilidad y jurisdicción *ex* art. 1 CEDH de Moldavia y/o de la Federación Rusa sobre las violaciones alegadas en el conflicto armado de Transnistrie, una región moldava que proclamó su independencia en 1991 sin que fuera reconocida por la comunidad internacional. Los recurrentes alegan que fueron juzgados por un tribunal transnitriano y que se violaron, además del derecho a un proceso justo, muchos otros de sus derechos contenidos en los arts. 2, 3, 5, 8 y art.1 Protocolo 1. Piden la responsabilidad por los hechos de Moldavia y de la Federación Rusa cuyas tropas ocupaban el territorio en el que se produjeron los hechos. Hay pues un problema procesal de competencia de la Corte Europea *ratione temporis* (la falta de competencia para conocer de hechos anteriores a la ratificación por Moldavia o la Federación Rusa del CEDH, lo que lleva a declararse competente para enjuiciar ciertas violaciones de derechos pero no otras) y de respeto de ambos Estados a sus obligaciones positivas.

Se aprovecha la ocasión para precisar el alcance de la expresión "jurisdicción": un Estado no cesa de ejercer su jurisdicción ante una situación fáctica en una parte del territorio momentáneamente sometida "a una autoridad local sostenida por las fuerzas de la rebelión o por otro Estado" (§ 325). Se afirma además que la Federación Rusa es continuadora de la URSS en el plano del derecho internacional y que Moldavia no quiso cooperar con ella y participar en la cooperación militar en el seno de la CEI (§ 370). Y se concluye afirmando la responsabilidad de ambos Estados por violaciones de varios derechos. La sentencia alberga numerosos Votos Particulares.

D) Vida privada

a) Prohibición de trabajo en el sector privado para antiguos miembros de la KGB (artículos 8 y 14)

Sidabras y Džiautas contra Lituania, de 27 de julio de 2004.

Nos encontramos ante un asunto sumamente interesante en el que se pone de manifiesto algunas de las consecuencias de la desintegración de la Unión Soviética. Se trata de dos recurrentes, de nacionalidad Lituana, que habían trabajado para la KGB y a los que se había restringido muy seriamente su posibilidad de trabajar en su país como consecuencia de la aplicación de una Ley lituana que declara a la KGB (y otras organizaciones soviéticas) organizaciones criminales y prohíbe a sus miembros desempeñar durante 10 años cualquier empleo en la función pública así como un importante capítulo de profesiones privadas en sectores económicos como la banca, las comunicaciones, la seguridad,…

La Corte, utilizando el criterio del art. 1 § 2 de la Carta Social Europea y la interpretación que de ella ha dado el Comité Europeo de Derechos Sociales, considera que una prohibición de este tipo afecta a la "vida privada" de los recurrentes porque "la prohibición afecta en un grado significativo a la posibilidad de los recurrentes de relacionarse con el

mundo exterior, y les crea serias dificultades para ganarse la vida, con obvias repercusiones en el disfrute de su vida privada", por lo que, en definitiva, considera que se ha vulnerado el art. 8, tanto asiladamente considerado como con relación al 14.

b) Secreto de la correspondencia, "previsión legal" y pasividad de las autoridades estatales

El **Caso Madonia contra Italia, de 6 de julio de 2004,** enjuicia un supuesto en el cual un preso estaba interno en un centro en un régimen de detención que le privaba del derecho al secreto de la correspondencia. La Corte afirma que ya había decidido en 1996 (Caso Calogero Dian) que las disposiciones sobre las que se funda este régimen carecen de suficiente "previsión legal" conforme al art. 8.2 CEDH. Sorprende la pasividad del Estado italiano en solventar este extremo dado el tiempo transcurrido.

E) Derecho a la vida familiar

a) Relación entre madres e hijos. Medidas judiciales de custodia o alejamiento temporal

En el **Caso Couillard Maugery contra Francia, de 1 de julio de 2004,** la recurrente, madre de tres niños y que vivía sin una residencia familiar estable, se vio desprovista de la custodia de dos de sus hijos. Uno de ellos fue internado, por una medida dictada por un Juez de menores, primero en un centro educativo abierto y luego, ante su inquietante estado de salud, fue entregado a una asistente social reconociéndose el derecho de visita para la madre los fines de semana. Más tarde fue hospitalizado. Tanto este niño como el otro soportaron una larga serie de cambiantes resoluciones judiciales. La actora consideraba violada su vida familiar (art. 8 CEDH) por el conjunto de tales resoluciones, al habérsela apartado de la convivencia y relación maternal con esos dos hijos. Sin embargo la Corte entiende que a pesar de las numerosas decisiones judiciales, éstas fueron dictadas con el asesoramiento de expertos, psicólogos y psiquiatras, y provocadas por el estado de salud mental de la madre que incidía en la salud de los hijos, no estando desprovista de un derecho de visita a los niños, y concluye afirmando el carácter razonable de estas interferencias en la vida familiar.

b) Pérdida de derechos parentales como consecuencia de una condena por difamación (artículos 8 y 10)

Sabou y Pircalab contra Rumanía, de 28 de septiembre de 2004.

Se trata de un asunto en el que la Corte considera desproporcionada y contraria al art. 10 la condena por difamación a diez meses de prisión como consecuencia de la Publicación de una serie de artículos denunciando las condiciones en las que la madre del Presidente de un tribunal de justicia había adquirido unos terrenos. Hay sin embargo en ella un segundo aspecto, que afecta a la vida familiar, probablemente más relevante, se trata de que en el sistema penal rumano toda pena de prisión conlleva, de manera automática, como pena accesoria y sin tomar en consideración el tipo de infracción y

el interés de los menores, la interdicción de ejercer los derechos parentales, lo que es contrario al art. 8.

c) Vida familiar y alquileres protegidos. Doctrina general sobre el margen de apreciación estatal en derechos socioeconómicos

Blečić contra Croacia, de 24 de julio de 2004.

Plantea un problema de cancelación de un régimen de alquiler especial como consecuencia de encontrarse su titular en el extranjero durante la guerra civil. Al margen de la solución del caso concreto, en el que la Corte considera que no hay vulneración del art. 8, el caso tiene interés porque aplica al art. 8 la doctrina creada con relación al derecho de propiedad en los casos James y otros contra el Reino Unido de 21 de febrero de 1986 y Mellacher y otros contra Austria de 19 de diciembre de 1989, –apuntando la necesidad de interpretar el Convenio como un todo– de que la intervención estatal en asuntos socio-económicos es necesaria para asegurar la justicia social y el interés público, y que en esta área, el margen de apreciación que tiene el Estado para desarrollar su política social y económica es muy amplio, y que el juicio que en este sentido realicen las autoridades estatales debe ser respetado "a no ser que carezca manifiestamente de fundamento".

F) Derecho de propiedad. Margen de apreciación nacional (artículo 1 Protocolo 1)

Back contra Finlandia, de 20 de julio de 2004, enjuicia una lesión del derecho de propiedad. Se recuerda la tradicional doctrina jurisprudencial según la cual este precepto contiene tres reglas. La primera, el derecho al pacífico disfrute de la propiedad de los bienes. La segunda, una garantía frente a privaciones de la misma que no cumplan ciertas condiciones. La tercera, una habilitación para regular los Estados miembros la propiedad de manera acorde con el interés general. Las tres reglas están conectadas entre sí y en particular las dos últimas deben interpretarse a la luz de la primera. Cualquier forma de interferencia en los derechos de propiedad debe tener una finalidad legítima y resultar razonable y proporcionada. Respecto del interés general se advierte que es una noción extensa que envuelve consideraciones económicas, políticas y sociales. Las autoridades estatales "están en principio mejor situadas que el juez internacional para apreciar qué es de interés público", tienen pues un amplio margen de apreciación nacional para determinarlo, "salvo que el juicio esté manifiestamente desprovisto de una fundamentación razonable". Se invocan como precedentes los Casos del antiguo Rey de Grecia y James y otros contra el Reino Unido.

Parecido al anterior es el **Caso Kliafas y otros contra Grecia, de 8 de julio de 2004,** donde se dice que la noción de interés general o utilidad pública es amplia por naturaleza, en particular, la decisión de adoptar leyes que lleven a la privación de la propiedad: el legislador posee una gran amplitud para ponderar extremos de política económica y social (§ 244). No obstante, se estima violado el derecho de propiedad, pues no existe

un equilibrio proporcional entre el interés general y los concretos intereses privados que se sacrifiquen.

G) Derecho de sufragio; incluye los Parlamentos regionales si así se deduce de la estructura constitucional del Estado (artículo 3 Protocolo 1)

En el caso **Santoro contra Italia, de 1 de julio de 2004,** al actor, que estaba bajo vigilancia policial, se le impusieron mediante una orden de supervisión judicial unas medidas preventivas, dada su peligrosidad social, que incluían, entre otras, las obligaciones de no cambiar de residencia, buscar un trabajo, no llevar armas y presentarse ante la policía cada domingo. Como consecuencia de estas medidas la Administración electoral local canceló la inscripción del recurrente en el registro electoral al haber sido suspendidos sus derechos civiles. Se entiende violada la garantía del art. 3 Protocolo 1 porque se le impidió que votara en las elecciones al Parlamento regional y en las del Parlamento italiano. El TEDH recuerda previamente (como ya dijo en los casos Mathieu-Mohin Clerfayt contra Bélgica y Matthews contra el Reino Unido) que la expresión "legislatura" no significa necesariamente el Parlamento nacional y que es una expresión que debe ser interpretada a la luz de la estructura constitucional del Estado, y de acuerdo con las competencias que a estas asambleas otorga el art. 117 de la Constitución italiana, concluye reconociendo una trasgresión del derecho de sufragio.

H) El mantenimiento de medidas restrictivas de la libertad de circulación una vez caducada la orden judicial que las autorizó lesiona tal libertad (artículo 2 Protocolo 4)

En el mismo **Caso Santoro contra Italia, de 1 de julio de 2004,** se advierte también una lesión del art. 2 Protocolo 4 relativo a la libertad de circulación. Ya se ha dicho que al actor, que estaba bajo vigilancia policial, se le impusieron mediante una orden de supervisión judicial unas medidas preventivas, dada su peligrosidad social, que incluían, entre otras, las obligaciones de no cambiar de residencia, buscar un trabajo, no llevar armas y presentarse ante la policía cada domingo. La demanda sostenía que se le mantuvo bajo vigilancia policial ilegalmente una vez caducada dicha orden y sin haber percibido una indemnización compensatoria. El TEDH admite el planteamiento y afirma que es difícil de entender por qué se mantuvo al actor en esta situación de restricción de su libertad de movimiento durante más de un año y dos meses después de caducar la orden judicial, según reconoce el propio Tribunal de casación, y concluye que esta interferencia en dicha libertad ni era acorde con la ley ni necesaria y, en consecuencia, se estima lesiva del art. 2 Protocolo 4.

I) Principio de legalidad, *ne bis in idem* y recurso extraordinario de revisión (artículo 4 Protocolo 7)

En el **Caso Nikitin contra Rusia, de 20 de julio de 2004,** se decide no estimar violada la garantía del art. 4 Protocolo 7. La Corte recuerda que la protección frente a la doble responsabilidad criminal o duplicidad de sanciones penales (*ne bis in idem*) se encuentra en el art. 2 Protocolo 7 y constituye una garantía frente a la repetición de procedimientos penales o nuevos juicios por hechos que ya habían concluido con una decisión definitiva.

Y resume su jurisprudencia sobre este derecho. Se requiere que exista una cosa juzgada (*res iudicata*), una sentencia irrevocable o definitiva, y al tiempo la amenaza de un nuevo juicio (*tried again*) o pena. Pero en el supuesto de hecho que se enjuicia este segundo requisito no concurre, pues se trata de un recurso extraordinario de revisión, una tentativa de "reabrir el caso", y no, en sentido estricto, un "nuevo juicio".

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE)

a) Acceso a la jurisdicción y deber de motivación: los Tribunales consuetudinarios

La **STC 113/2004, de 12 de julio** Sala Primera, es la más interesante de las dictadas este trimestre en relación con el art. 24.1 CE. El Heredamiento de la acequia de Beniaján denunció ante el Consejo de Hombres Buenos de la Comunidad (en adelante, el Consejo) por la construcción de una valla sin el preceptivo permiso del Heredamiento. El Consejo dictó Sentencia acordando que, "vistas las circunstancias que concurren en el presente caso" la sociedad Transfrutas, SA debía abonar una cantidad de 1.250.000 pesetas.

El recurrente alega, en primer lugar, que la imprevisión de recursos legales contra las decisiones del Consejo constituye una vulneración del derecho a acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa. El TC rechaza la existencia de una presunta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por dicho motivo. Considera que el art. 125 CE permite que se encomiende a los Tribunales consuetudinarios, en lugar de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial, la tarea de tutelar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Según la Sentencia, en estas corporaciones tradicionales están presentes los elementos objetivos y formales que caracterizan a un proceso judicial, tales como los principios de audiencia, contradicción y prueba.

Sin embargo, la propia argumentación del TC en relación con la segunda alegación del recurrente –la falta de motivación– parece que pone en entredicho esta pretendida equiparación entre el proceso judicial y el seguido ante este tipo de Tribunales tradicionales. Según el TC, la composición de estos tribunales –ciudadanos legos en Derecho– y la ausencia de trámites escritos exigen calibrar con mesura el cumplimiento del deber de motivación. La exigencia del mismo grado de motivación que el que se impone a los jueces profesionales desnaturalizaría la institución de los tribunales consuetudinarios. El TC da por buena la técnica de "motivación por remisión", admitiendo que el Consejo resuelva invocando en general "las circunstancias que concurren en el presente caso". Circunstancias que habrían quedado suficientemente fijadas en los escritos en los que las partes formularon sus alegaciones.

b) Legitimación de los sindicatos y acción contencioso-administrativa

La **STC 112/2004, de 12 de julio,** Sala Primera, reitera que los sindicatos están legitimados para impugnar actos administrativos cuando exista una conexión entre el objeto del recurso y la actividad sindical. Recibe la doctrina establecida por las SSTC 7/2001, 24/2001 y 84/2001, recogidas en *JA*, núm. 12 (julio 2001). La defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores habilita al sindicato en este caso para impugnar una resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social que convocaba un concurso para contratar con una empresa privada tareas de asistencia técnica informática. El TC atiende al interés del sindicato en que dicho trabajo sea realizado por personal funcionario de la Seguridad Social en vez de recurrir a externalizar el servicio.

La misma doctrina es aplicada en la **STC 142/2004, de 13 de septiembre,** Sala Primera, para anular las resoluciones judiciales que inadmitían por falta de legitimación el recurso presentado por Comisiones Obreras contra la fijación por parte de la Diputación de Zaragoza de la jornada de trabajo en el hospital provincial.

c) Juicio ejecutivo: eficacia de la letra de cambio y falta de pago del impuesto sobre actos jurídicos documentados

La **STC 124/2004, de 19 de julio,** Sala Primera, resuelve varias cuestiones de inconstitucionalidad dirigidas contra los arts. 36 y 37 del Texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Estos preceptos niegan eficacia ejecutiva a las letras de cambio que se extiendan "en papel timbrado correspondiente a cuantías inferiores al nominal de la letra".

El TC considera que la privación de eficacia ejecutiva de la letra resulta una sanción proporcionada para la falta de pago del impuesto. La Sentencia se esfuerza por marcar la diferencia respecto al anterior texto de la Ley, que fue declarado inconstitucional por la STC 141/1988, de 12 de julio. Se prohibía que "surtieran efecto en los Tribunales" documentos sujetos al impuesto respecto de los cuales no se hubiera satisfecho la obligación tributaria. Mientras el precepto actualmente vigente sólo impide el acceso directo al juicio ejecutivo para obtener el pago de la letra de cambio, el declarado inconstitucional impedía incluso utilizar la letra como instrumento de prueba de la existencia de una deuda en el proceso declarativo. Una diferencia significativa que justifica la distinta solución a la que se llega en la presente Sentencia.

d) Ejecución de Sentencia: reparación insuficiente del derecho a la autodeterminación informativa

El TC conoce de un nuevo episodio del conflicto entre el Banco Santander Central Hispano y uno de sus empleados, que además ocupaba un cargo sindical. El banco disponía de una base de datos denominada "absentismo con baja médica" en la que constaban diagnósticos médicos de sus empleados. En la STC 202/1999, de 8 de noviembre (véase *JA*, núm. 7), el TC apreció una vulneración del derecho a la intimidad y condenó a la empresa a suprimir inmediatamente las referencias a los diagnósticos contenidas en la base de datos.

En la fase de ejecución de Sentencia se produce un nuevo conflicto pues los requerimientos del recurrente para que el banco cumpla la condena topan con que el banco declara que ya ha suprimido los datos pero sólo aporta como prueba un impreso elaborado por un departamento interno del Banco, denominado "Dirección de Seguridad Informática". En el documento se hacía referencia a las bajas laborales del demandante, identificando las mismas exclusivamente con la mención de "enfermedad común" o "accidente", sin especificar el diagnóstico médico.

La **STC 153/2004, de 20 de septiembre,** Sala Primera, considera que el Juzgado de lo Social y la Sala de lo Social del TSJ han vulnerado el derecho a la tutela judicial, en su faceta de derecho a la ejecución de Sentencias. Según el TC, la actuación de ambos tribunales equivale a una negativa a verificar si la entidad demandada había cumplido lo ordenado en la STC 202/1999 en sus propios términos, aceptando *de facto* como cumplimiento una mera manifestación de parte. Los órganos judiciales debieron implicarse más en la obtención de una prueba que demostrara de forma fehaciente la eliminación de los expedientes médicos de la base de datos, utilizando –si fuese preciso– las "diligencias para mejor proveer" previstas en la Ley de Procedimiento Laboral.

B) Proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE)

a) Juez imparcial: necesidad de plantear la recusación antes de que se firme la Sentencia aun cuando el actor conoce la composición de la Sala después de que se ha votado

El TC se enfrenta en la **STC 140/2004, de 13 de septiembre,** Sala Segunda, a un supuesto de hecho particularmente complejo. En 1994, una empresa dedicada al suministro de agua potable impugna la decisión municipal de extinguir la concesión de la que disfrutaba hasta el momento. El recurso es admitido por una Sala del TSJ de Murcia de la que no formaba parte el Magistrado cuya imparcialidad cuestiona el recurrente. Casi cuatro años más tarde, el 9 de enero de 1998, una Sala en la que sí participa el citado Magistrado dicta una Providencia por la que se fija el día 12 para la votación y fallo del recurso, designando como ponente al *iudex suspectus*. Dicha providencia es notificada al recurrente el día 20, cuando ya se ha votado y fallado el caso. El día 23 se dicta sentencia, que es notificada a las partes el día 30.

El TC parte del principio de que la existencia de posibles causas de recusación debe ser denunciada por las partes antes de que se dicte Sentencia. El problema que se plantea en este caso es determinar si fue imposible plantear el incidente de recusación, porque el recurrente conoció la composición de la Sala cuando ya se había producido la votación, y –por lo tanto– admitir que la parcialidad del Ponente se planteara excepcionalmente a través del recurso de casación.

El TC ratifica la interpretación que hace el TS, quien desestima el recurso de casación. Según el TS, el recurrente debió plantear un incidente de nulidad para denunciar la cau-

sa de recusación en cuanto tuvo conocimiento de la composición de la Sala, aunque ya se hubiera fallado el recurso. Según el TC, esta interpretación es coherente con la lógica del art. 24 CE porque la formación de la Sentencia no concluye hasta que el documento que contiene la misma es firmado por quienes participaron en la deliberación. Hasta el momento inmediatamente anterior a la firma pudo el órgano judicial anular actuaciones, incluidos los actos de deliberación y votación, si existía realmente un motivo fundado de recusación.

b) Derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes

La **STC 148/2004, de 13 de septiembre,** Sala Primera, considera que son pertinentes todas aquellas pruebas necesarias para contrastar los indicios de persecución política en un procedimiento de extradición. El recurso de amparo tiene como objeto la concesión por parte de la Audiencia Nacional de la autorización para extraditar a un ciudadano albanés al que las autoridades de su país acusan del asesinato de un policía y de tenencia ilícita de armas.

El TC revoca el permiso de extradición por considerar que en el proceso seguido ante la AN se inadmitieron indebidamente pruebas propuestas por el recurrente. Esta persona alegó que no debía ser extraditado porque su familia era objeto de una persecución política por parte del régimen albanés y su integridad personal estaría seriamente amenazada en caso de ser entregado a la policía de su país. Aportó como indicios un informe de Amnistía Internacional, certificado de estar afiliado a un partido opositor, así como artículos de prensa y vídeos en los que se relata el asesinato de su hermano por parte de la policía y en los que se recogen declaraciones de su madre contando cómo la familia había tenido que huir de Albania. El recurrente solicitó al Tribunal que se tradujeran el vídeo y los artículos de prensa y que se solicitara información a Bélgica e Italia, para demostrar que se había refugiado y solicitado asilo en estos países.

Según el TC, la AN no podía desestimar estas alegaciones invocando la pertenencia de Albania al Consejo de Europa. El haber ratificado el Convenio de Roma constituye un dato suficiente para excluir "sospechas genéricas" de infracción de los derechos constitucionales de sus ciudadanos. El TC considera que las alegaciones formuladas por el recurrente no son genéricas sino muy concretas, por lo que existe un deber de realizar cuantas actuaciones sean pertinentes para refutar los indicios aportados.

El derecho a la práctica de las pruebas pertinentes para la defensa constituye también el núcleo central de la **STC 123/2004, de 13 de julio,** Sala Primera, de la que es preciso dejar constancia por la repercusión que el asunto ha tenido en los medios de comunicación. Los familiares de dos anarquistas ajusticiados durante la Dictadura solicitan a los tribunales militares la revisión de la condena penal después de la publicación de testimonios que probarían su inocencia. Las familias solicitaban que se citara como testigo a la persona que ha asumido la autoría en los medios de comunicación y a distintas personas relacionadas con el grupo anarquista que planeó y ejecutó la colocación de los explosivos. El Tribunal militar, tras citar en dos ocasiones sin obtener resultado al presunto autor del atentado, inadmitió el resto de pruebas propuestas y desestimó la revisión de la condena.

El TC considera que se vulneró el derecho de los recurrentes a utilizar todos los medios de prueba pertinentes, aunque dos Magistrados suscriben un voto particular –que recoge la opinión propuesta por el primer ponente– en el que respaldan la actuación del Tribunal ordinario.

C) Igualdad (artículo 14 CE). Prohibición ejercicio de la acusación particular y relación jerárquica

El TC reitera en la **STC 119/2004, de 12 de julio,** Sala Primera, la doctrina formulada en las SSTC 115 y 157/2001 (*JA*, núm. 13), en las que se consideraba contraria al art. 14 CE la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, a quienes sean militares cuando el inculpado sea un superior jerárquico. Según el TC, esta restricción del derecho a la tutela judicial efectiva no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas. El art. 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar (LOM) y el art. 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar (LOPM) permanecen vigentes a la espera de que el Pleno del TC resuelva la autocuestión de constitucionalidad formulada por las Sentencias antes citadas.

D) Derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15 CE). No concesión de la extradición cuando existen indicios de persecución: derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes

La **STC 148/2004, de 13 de septiembre,** a la que ya hemos hecho referencia en el apartado de las garantías en el proceso, tiene también interés desde el punto de vista material en relación con el derecho a la integridad física.

E) Inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE). Falta de motivación en autorización judicial de entrada en domicilio para ejecutar acuerdo de la Comisión de Tutela del Menor

STC 139/2004, de 13 de septiembre, Sala Primera. El TC otorga el amparo por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio. La resolución judicial que ordenó la entrada en un domicilio para ejecutar un Acuerdo de la Comisión de Menores de la Comunidad de Madrid en el cual se declaraba el desamparo de varios menores y la asunción de su tutela por parte de la CAM. Carecía de fundamentación suficiente, ya que en un auto de cinco líneas no se realizaba el necesario juicio de proporcionalidad ni la ponderación constitucionalmente exigible entre el sacrificio del derecho a la inviolabilidad del domicilio y el interés de los menores.

Sin embargo el TC reduce el alcance del otorgamiento del amparo a lo meramente declarativo y no accede a la devolución de los menores, como pretendía la recurrente, pues entiende que la resolución administrativa no es objeto del amparo ni puede el TC plan-

tearse un control de legalidad sobre ella sino limitarse estrictamente a la comprobación de si hubo violación del art. 18.2 CE.

F) Libertad de expresión e información (artículo 20.1 CE)

a) Libertad de expresión y relaciones laborales: Profesor que critica a la Universidad donde trabaja

STC 151/2004, de 20 de septiembre, Sala Segunda. Se otorga el amparo a un profesor contratado que critica a la Universidad SEK en la que trabaja a tiempo parcial en un artículo periodístico publicado en "El Norte de Castilla", donde su autor trabaja como periodista. Poco tiempo después y con expresa mención en la carta de despido al artículo en cuestión, la Universidad despide al profesor. Los tribunales ordinarios no accedieron a declarar la nulidad del despido.

El TC aprecia claros indicios de conducta empresarial contraria a la garantía de indemnidad (conexión temporal y material entre el artículo crítico y el despido) y centrando su argumentación en la libertad de expresión, pues el derecho a la información no fue invocado por las partes en los procesos laborales, llega a la conclusión de que las críticas periodísticas, si bien pudieron resultar molestas e incluso irrespetuosas, no eran ofensivas ni vejatorias, se vertían en un clima de conflicto laboral vivido desde hacía tiempo por la Universidad y expresaban la opinión del autor conforme a sus propios intereses en ese conflicto. Tampoco hay que olvidar la notoriedad pública de los personajes aludidos en el artículo. Por todo lo anterior concluye el TC el despido vulneró la libertad de expresión del profesor.

b) Libertad de información de cargo público

La **STC 115/2004, de 12 de julio,** plantea un supuesto en que la Alcaldesa de una pequeña localidad, tras enviar a todos los vecinos un escrito en que ponía en duda el actuar profesional del médico de la localidad, es condenada por delito de injurias. El TC estudia si el envío de tal escrito queda amparado por el ejercicio de la libertad de expresión e información (art. 20.1 CE). Tras reiterar que los jueces de lo penal deben ponderar el derecho al honor y las libertades referidas antes de enjuiciar la antijuridicidad de unos hechos como los indicados, el TC aplica su jurisprudencia tradicional en la materia e indica que, puesto que la información enviada por la Alcaldesa era veraz –la Alcaldesa había recibido quejas de varios vecinos y conocía que el médico de la localidad había sido ya objeto de una sanción disciplinaria por idénticos hechos– y el escrito no contenía ninguna expresión vejatoria o injuriosa, el envío del mismo ha de quedar amparado por la libertad de expresión e información.

c) Relevancia pública y veracidad de la información

La **STC 136/2004, de 13 de septiembre,** plantea la posible vulneración del derecho al honor de la recurrente, concejal y diputada provincial, por la publicación de un reportaje en el que, al hilo del tratamiento del problema de los matrimonios de conveniencia en España, se narra cómo la concejal propuso a su asistenta que contrajera matrimonio, a cambio de una cantidad de dinero, con un ciudadano alemán condenado por tráfico de

drogas. La narración de tales hechos incluye comentarios sobre la relación que mantenían empleadora y empleada.

El TC aplica, en este supuesto, su jurisprudencia tradicional en la materia y tras señalar que la información transmitida cumple los requisitos de veracidad y relevancia pública, y que los comentarios referidos a la relación entre la asistenta y la concejal no pueden considerarse ofensivos, ampara la libertad de información.

G) Acceso a cargos públicos representativos (artículo 23.2 CE). Principio de conservación de actos electorales: no hay vulneración del derecho a acceder a cargos representativos si las discrepancias entre las actas de escrutinio y las de la sesión no alteran la asignación de escaños

STC 135/2004, de 5 de septiembre, Sala Segunda. Se deniega el amparo electoral a la candidatura Galeusca-Pueblos de Europa para las elecciones europeas de 2004. Para el TC los criterios empleados por el TS ni siquiera los discute el recurrente, además el TS atendió algunas de las reclamaciones formuladas en su momento por la candidatura citada. Por otra parte resulta irrelevante a los efectos del amparo electoral el que en las actas de algunas juntas electorales no se reflejaran las modificaciones introducidas en el escrutinio general y que supusieron discrepancia entre los datos ofrecidos en un momento por el Ministerio del Interior y los resultantes tras el escrutinio general. El TC sólo atiende una de las reclamaciones de los recurrentes, restando tres votos al PP, ni esta variación ni la apreciada por el TS alteran el resultado de la asignación del escaño en litigio así que, en aplicación del principio de conservación de los actos electorales no procede anular la asignación de escaños.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Extranjeros (artículo 13 CE)

a) Derecho de asilo

Se han dictado en este trimestre diversas Sentencias en materia de asilo. Algunas de ellas anulan las resoluciones de instancia por indefensión por causa de la denegación de la prueba interesada, cuando se dirigía a acreditar, en principio, la realidad de la persecución invocada , y ,en otras , por la incorrecta valoración de la prueba indiciaria realizada por el Tribunal *a quo*. Entre otras, cabe citar las siguientes Sentencias:

Incapacidad por parte de las autoridades del Estado de origen de otorgar una protección eficaz.

La **STS de 22 de septiembre de 2004,** Sala Tercera, Ponente. Sr. Peces Morate, estudia la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo deducida por una ciudadana nigeriana, que

alegó ser perseguida por las guerras tribales existentes en su país, al apreciar la Administración que concurría la causa d) del art. 5.6 de la Ley de Asilo, que permite el rechazo previo de las solicitudes cuando las alegaciones formuladas resultan inverosímiles. La Audiencia Nacional consideró que la actuación de la Administración fue correcta. El TS revoca la Sentencia de la Audiencia al considerar que las razones dadas por la Administración para inadmitir resultan genéricas e imprecisas y contrarias a la reiterada doctrina jurisprudencial según la cual procede la protección cuando la persecución proceda de sectores de la población cuya conducta sea tolerada por las autoridades o cuando éstas se muestran incapaces para otorgar una protección eficaz.

La **STS de 21 de septiembre de 2004,** Sala Tercera (Ponente Sr. Yagüe Gil) resuelve la impugnación de resolución administrativa que deniega el derecho de asilo al demandante de nacionalidad colombiana. Según el TS, erró la Sala de instancia al concluir que no existían motivos de persecución, pues en el expediente figuran elementos e indicios suficientes para entender que procede la protección interesada, como son las diferentes denuncias aportadas por el demandante. Se reitera que es indiferente que la persecución provenga o no del Estado, pues lo importante es que éste no se encuentra en condiciones de prestar dicha protección.

En este mismo sentido, la Sentencia dictada por el mismo Ponente, **STS de 22 de septiembre de 2004,** en el que ratifica la línea jurisprudencial expuesta acerca de que la Convención de Ginebra no exige que la persecución temida por el interesado proceda de un Estado, siendo realmente relevante que el individuo no pueda acogerse a la protección del país, lo que sucede cuando éste no puede o no dispuso de todos los medios necesarios para dispensar la protección.

Derecho a utilizar medios de prueba pertinentes.

La **STS de 21 de septiembre de 2004,** Sala Tercera (Ponente. Sr. Menéndez Pérez), aprecia la existencia de indefensión material contraria al art. 24.1 CE por cuanto la Audiencia Nacional deniega la práctica de la prueba interesada al actor tendente a justificar la realidad de la situación de persecución invocada por el actor. Tal prueba resultaba idónea para acreditar tal alegación y fue indebidamente rechazada por el Tribunal de instancia, razón por la que se casa y anula la Sentencia recurrida.

Por su parte, en la **STS de 29 de septiembre de 2004** (Ponente Sr. Yagüe Gil), se rechaza la existencia de indefensión material pues la prueba propuesta e inadmitida por la Sala no hubiera sido idónea para acreditar la supuesta persecución alegada, que se refería exclusivamente a una cuestión o conflicto de índole familiar.

b) Nacionalidad y conducta cívica

La **STS de 23 de septiembre de 2004,** Sala Tercera (Ponente Sr. Puente Prieto), tiene como objeto la impugnación de una resolución del Ministerio de Justicia que denegó al recurrente la obtención de la nacionalidad española por no haber justificado una buena conducta cívica. Conforme reiterada jurisprudencia, la nacionalidad española es soporte,

sustrato y fundamento necesario para el ejercicio pleno de derechos políticos, por lo que es exigible al solicitante un comportamiento o conducta que tan siquiera por vía indiciaria pudiera cuestionar el orden público o el interés general del art. 21.2 CC. Es una salvaguarda para su concesión, pues su otorgamiento no constituye un derecho del particular. Tal requisito no concurre en el supuesto examinado, pues el demandante no acredita la buena conducta cívica no siendo suficiente el argumento de que se procedió a la cancelación de los antecedentes penales, ni tampoco que la detención por seis ocasiones fue seguida de la absolución acordada en el juicio de faltas.

B) Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (artículo 18.1 CE)

a) Titularidad: la imagen de los fallecidos

La **STS de 29 de junio de 2004,** (ponente Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz) (recurso núm. 3057/1998). Resuelve un asunto en que los demandantes plantean la vulneración del derecho a la propia imagen de su madre y esposa, fallecida tras haber contraído el SIDA, por la publicación de la imagen de la mujer en un reportaje sobre esta enfermedad. La fotografía de la fallecida fue incluida en el reportaje con consentimiento de su cuñado, pero no de sus hijos y su marido. El TS señala que la inclusión en el reportaje de la fotografía de la fallecida ha de considerarse una vulneración del derecho a la propia imagen en cuanto la publicación no fue consentida por su círculo familiar íntimo, y ello, independientemente de la relevancia pública de la noticia y de la veracidad de los hechos narrados en ella.

En el presente asunto, el TS parece alejarse de la jurisprudencia del TC –STC 231/1988, de 2 de diciembre, asunto *Francisco Ribera, "Paquirri"*– que, en un asunto semejante, no reconoció el derecho a la propia imagen de los fallecidos, admitiendo, sin embargo, el amparo al considerar que la emisión de ciertas imágenes de la vida íntima del fallecido podían vulnerar el derecho a la intimidad de sus familiares.

b) Derecho al honor e insultos en el ámbito futbolístico

STS de 7 de julio de 2004 (ponente Excmo. Sr. Francisco Marín Castán) (recurso núm. 3787/1999). Plantea un supuesto de presunta vulneración del derecho al honor del demandante, presidente de una peña deportiva, por la publicación en la revista de la peña deportiva rival, de un escrito en que se refieren a él con apelativos como "personajillo", "cursi", o "El Facha". El TS, tras valorar la tirada de la publicación, su naturaleza –boletín de una peña futbolística con limitada tirada– y, especialmente, el contexto en que se realizan tales referencias afrentosas a la persona del demandante –el contexto futbolístico, y más específicamente de rivalidad entre dos peñas futbolísticas– señala que los usos sociales en el ámbito del mundo del fútbol son más tolerantes que en otros círculos sociales y que, en base a esa mayor tolerancia no procede considerar que las expresiones indicadas puedan por sí mismas menoscabar el honor del demandante.

c) El derecho a la propia imagen: las viñetas (artículo 18.1 CE)

STS de 9 de julio de 2004 (ponente Excmo. Sr. Román García Varela) (recurso 2210/1999). El supuesto estudiado plantea la posible vulneración del derecho a la propia imagen por la publicación de una viñeta en la que se recogía la fotografía de una mujer con el brazo ensangrentado, completada con una serie de dibujos y con el slogan publicitario de la campaña del Gobierno Vasco destinada a atraer turismo, "Ven y Cuéntalo". La demandante señala que la imagen recogida en la viñeta fue asociada con su persona, ya que días antes había sufrido un atentado terrorista y su imagen fue recogida por varios medios de comunicación.

Señala el TS que, a pesar del derecho que tiene toda persona a controlar la difusión, representación, publicación o reproducción de la propia imagen, en el supuesto planteado, no cabe apreciar una vulneración del citado derecho en cuanto en la viñeta no aparecía la propia imagen de la demandante –la mujer ilustrada en la viñeta era irreconocible–, y ello independientemente de que esa imagen pudiera ser asociada con su persona en base a los hechos de que recientemente había sido víctima.

C) Libertad de expresión e información (artículo 20.1 CE). Libertad de expresión y derecho de defensa en el seno de un recurso administrativo

La **STS de 10 de septiembre de 2004,** Sala Quinta (Ponente Sr. García Lozano) aplica la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la necesaria ponderación del derecho a la libertad de expresión reconocido en la CE, y los demás valores concurrentes. Se razona que la realización del derecho de defensa de los intereses legítimos en el seno de un recurso administrativo, constituye el medio jurídico que tienen los ciudadanos para lograr la legalidad de la actuación administrativa. Las expresiones vertidas en el recurso, para la defensa de sus intereses se referían exclusivamente a una posible animadversión, planteada como una hipótesis. Esta cautela y el contexto en que se realizaron dichas expresiones determinan que se considere por la Sala que las mismas tuvieron lugar en el marco del derecho de defensa. Las manifestaciones se configuran y se articulan en términos hipotéticos, no son denigrantes ni vejatorias y encajan en el ámbito del derecho de defensa de los intereses del recurrente. En suma, carecen de entidad y trascendencia para ser consideradas como una falta de respeto apreciada por la autoridad disciplinaria.

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: la competencia estatal sobre las bases del régimen sancionador no obliga a considerar la reincidencia como elemento de graduación de la sanción. 3. Ley. A) Principio de legalidad en materia sancionadora: la imposición de una sanción por la realización de una conducta no tipificada, mediante una aplicación extensiva o analógica de la norma sancionadora, infringe el derecho fundamental regulado en el art. 25.1 CE. B) Coexistencia de la normativa civil y administrativa en la regulación de las limitaciones de la propiedad: aplicación de la Ley 367 del Fuero de Navarra que regula una acción negatoria para detener las molestias causadas por los vecinos. C) Cláusula de supletoriedad del Derecho estatal (art. 149.3 CE): no corresponde al legislador foral determinar la eficacia del Derecho estatal aplicable con carácter supletorio. D) Control de constitucionalidad de las leyes: el bloque de la constitucionalidad aplicable como parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de una ley es el vigente en el momento de formularse el juicio y dictarse la sentencia; en relación con los efectos derivados de la modificación o derogación sobrevenida de una ley en un proceso de inconstitucionalidad es preciso distinguir entre los supuestos en que se plantea una cuestión de inconstitucionalidad y aquellos en que se presenta un recurso de inconstitucionalidad. E) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley: es competencia del Tribunal Constitucional determinarlos con respeto a los límites que impone el art. 40.1 LOTC. **4. Reglamento.** A) Límites sustantivos al ejercicio de la potestad reglamentaria: para apreciar la existencia de arbitrariedad en el ejercicio de la potestad discrecional se requiere un ejercicio desmesurado de la misma que traspase los límites de la racionalidad. B) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. a) La obligación de comunicar la elaboración de un reglamento interno a las instituciones comunitarias no siempre debe considerarse de carácter sustancial. b) Nulidad de las normas reglamentarias autonómicas que desarrollan leyes dictadas por las Comunidades Autónomas en materias de su exclusiva competencia al no constar informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente. **5. Principios constituciona-**

les. A) Principio de igualdad. a) La igualdad permite una cierta oscilación de los criterios jurisprudenciales siempre que los cambios se motiven, o, al menos, sean realizados conscientemente por el órgano judicial. b) No existe vulneración de la igualdad ante la Ley cuando la Administración se aparta de sus precedentes administrativos si éstos son ilegales. c) Vulnera el principio de igualdad la imposición de restricciones en el ejercicio de acciones procesales que establece la legislación relativa a la jurisdicción militar. d) La imposibilidad de ser declarado en situación de invalidez permanente por haber cumplido la edad mínima de jubilación no vulnera el derecho fundamental reconocido en el art. 14 CE. e) El art. 149.1.1 CE atribuye competencia al Estado para limitar el ejercicio de competencias autonómicas con el fin de garantizar la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. B) Principio de seguridad jurídica: no se vulnera cuando es posible una interpretación conforme a la Constitución que no resulte forzada.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Destacan en esta crónica dos sentencias del Tribunal Constitucional que abordan cuestiones de interés.

En primer lugar, la **STC 157/2000, de 21 de septiembre,** en la que el Tribunal analiza la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE e insiste en la doctrina jurisprudencial que rechaza las remisiones entre los ordenamientos autonómico y estatal para definir recíprocamente su ámbito de aplicación.

En segundo lugar, la **STC 178/2004, de 21 de octubre,** define con precisión el ámbito de aplicación del art. 149.1.1 CE como límite al ejercicio de las competencias autonómicas en garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales y precisa los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley, con el fin de establecer las pautas que, fundamentalmente en relación con posibles reclamaciones indemnizatorias, deberán respetar los Tribunales.

Han sido analizadas las sentencias del Tribunal Supremo hasta la referencia Ar. 5137, de los Tribunales Superiores de Justicia hasta Ar. 3724 y del Tribunal Constitucional hasta la STC 179/2004, de 18 de octubre.

2. BASES. LA COMPETENCIA ESTATAL SOBRE LAS BASES DEL RÉGIMEN SANCIONADOR NO OBLIGA A CONSIDERAR LA REINCIDENCIA COMO ELEMENTO DE GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

La regulación de las infracciones y sanciones que las Comunidades Autónomas lleven a cabo está limitada por los principios básicos del ordenamiento estatal y, en todo caso, habrá de atenerse a lo dispuesto en el art. 149.1.1 CE; de este modo el procedimiento sancionador deberá ajustarse al "administrativo común", cuya configuración es de exclusiva competencia estatal (art. 149.1.18 CE) sin que ello implique que toda regulación del Derecho administrativo sancionador, por el hecho de afectar al ámbito de los derechos fundamentales, sea competencia exclusiva del Estado.

En la **STC 157/2004, de 21 de septiembre,** se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos de la Ley Foral 17/2001, de 12 de julio, reguladora del comercio de Navarra. En este caso, la norma básica estatal contenida en el art. 69.1 de la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista, se limita a prescribir que las sanciones se graduarán teniendo en cuenta, entre otros elementos, el de la reincidencia, sin ninguna otra concreción, salvo asegurar que la sanción impuesta con arreglo a dichos elementos no supere determinados porcentajes de la facturación de los comerciantes (art. 69.2).

La normativa básica estatal cumple la función de establecer una ordenación unitaria y dotada de cierta estabilidad en todo aquello que el legislador considera esencial en cada momento en determinada área o materia, debiendo garantizar un espacio normativo suficiente a las Comunidades Autónomas para que puedan, dentro de él, desarrollar sus competencias normativas y de ejecución. En este caso el legislador básico ha querido, simplemente, garantizar que en todo el territorio nacional resulten sancionados con mayor intensidad quienes hayan reincidido en la comisión de alguna infracción que aquellos que no lo han hecho, sin imponer a las Comunidades Autónomas ninguna modalidad técnica en cuanto a la concreción de la sanción que de ello debe seguirse, salvo el aludido tope regulado en el art. 69.2 de la Ley 7/1996. Esto quiere decir que las Comunidades Autónomas pueden optar, en el libre ejercicio de sus competencias, entre diversas técnicas para dar cumplimiento al mandato básico. Una de esas técnicas puede ser la aplicación al reincidente de multas más elevadas dentro de los parámetros correspondientes a cada tipo de infracción según su mayor o menor gravedad. Sin embargo, el art. 69.1 de la Ley 7/1996 no impide que la Comunidad Foral de Navarra decida que en su territorio la ponderación de la reincidencia en la comisión de infracciones se realice a través de la propia tipificación de éstas, configurando un tipo específico del modo que se realiza por el art. 69.3.l) y 69.4.e) de la Ley Foral 17/2001.

En consecuencia, la Ley Foral no ha omitido la valoración de la reincidencia en la graduación de las sanciones sino que lo ha hecho dentro de los márgenes permitidos por la norma básica estatal a través de la configuración de un tipo específico de infracción que contempla la reincidencia, por lo que no infringe las bases estatales en esta materia.

3. LEY

A) Principio de legalidad en materia sancionadora: la imposición de una sanción por la realización de una conducta no tipificada, mediante una aplicación extensiva o analógica de la norma sancionadora, infringe el derecho fundamental regulado en el artículo 25.1 CE

En la **STC 111/2004, de 12 de julio,** se resuelve el recurso de amparo interpuesto contra una resolución sancionadora por vulneración del art. 25.1 CE por no haber aportado datos suficientes para identificar al conductor de un vehículo de motor de su propiedad cuyo estacionamiento indebido había sido denunciado: en concreto, aunque había identificado al conductor de su vehículo no había facilitado el número de su permiso de conducción.

Para el Tribunal Constitucional el precepto legal que regula la infracción en virtud de la cual se impone la citada sanción no exige expresamente la obligación de facilitar el número del permiso de conducción. En consecuencia, la imposición de la sanción en cuestión vulnera el derecho a la legalidad sancionadora del recurrente al aplicar el tipo de la infracción previsto en la norma de forma extensiva, como revela la falta de motivación de la resolución sancionadora, que no permite subsumir la conducta sancionada en el tipo aplicado.

Sobre esta misma cuestión trata el recurso de amparo que resuelve la **STC 138/2004, de 13 de septiembre,** que matiza que no toda interpretación y aplicación aparentemente incorrecta, inoportuna o inadecuada de un tipo sancionador comporta una vulneración del principio de legalidad ni del derecho fundamental que regula el art. 25.1 CE: únicamente aquella aplicación que carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento de la posible literalidad del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente, determinará la eventual vulneración de este derecho.

Si bien la subsunción de los hechos en las normas jurídicas y la interpretación de éstas corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria, la falta total de justificación del fundamento de la imposición de la sanción y la inadecuación absoluta de la aplicación del tipo sancionador al caso determina la vulneración del derecho que garantiza el art. 25.1 CE.

B) Coexistencia de la normativa civil y administrativa en la regulación de las limitaciones de la propiedad: aplicación de la Ley 367 del Fuero Nuevo de Navarra que regula una acción negatoria para detener las molestias causadas por los vecinos

En la **STSJ de Navarra de 3 de mayo de 2004**, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Ar. 3724, se resuelve un caso relativo a las limitaciones de la propiedad por razón de vecindad. En el supuesto se plantea un problema con respecto a las inmisiones procedentes de una granja porcina que afectan a viviendas y centros docentes próximos, dando lugar a perturbaciones y molestias incompatibles con las necesidades y exigencias de salubridad,

habitabilidad y calidad medioambiental inherentes al uso residencial del entorno que las padece.

Señala el Tribunal que es incorrecto que se desestime la acción negatoria de inmisiones ejercitada en la instancia sólo porque, aun cuando se incorporaran medidas correctoras, no se evitaría la persistencia de inmisiones molestas, y porque la autorización administrativa de la actividad industrial que las genera impide a los tribunales del orden jurisdiccional civil decretar su cese.

En el caso de autos debe aplicarse la Ley 367 del Fuero Nuevo de Navarra, donde se establecen límites específicos a la propiedad de los inmuebles cuya contravención faculta al perjudicado por las inmisiones de su vecino para impedir la persistencia de las molestias e incomodidades padecidas mediante el ejercicio de una acción negatoria dirigida a obtener el cese de la actividad o el modo de ejercicio que las genera. Ya que en el goce de la propiedad inmobiliaria y en el aprovechamiento de sus recursos, el propietario se halla sujeto no sólo a las limitaciones que en interés general establece la legislación sectorial, en particular, la urbanística y medioambiental, sino también a los límites intrínsecos que asimismo se derivan del necesario respeto a los concurrentes derechos de goce y aprovechamiento de otras fincas vecinas por parte de sus dueños o usuarios.

La definición de los límites jurídicos de los derechos de disfrute y aprovechamiento de los bienes, en el marco del goce de la propiedad inmobiliaria, por razón de vecindad no pertenece al Derecho público, sino al privado y, más en particular, al civil. Y en esa tarea, la norma civil puede recurrir a la heterointegración con disposiciones administrativas a fin de asegurar su permanente acomodación a las circunstancias de cada tiempo y lugar o, puede ser complementada con ellas a fin de fijar el preciso sentido de alguno de sus contenidos o conceptos jurídicos indeterminados, pero con ello no queda sustraída al ámbito del Derecho civil la norma básica que los define e impone.

Por último, concluye el Tribunal afirmando que junto a la normativa civil propiamente vecinal coexiste una profusa regulación administrativa de usos y actividades desarrollada en consideración a los intereses generales, urbanísticos y medioambientales, que pueden verse comprometidos con ella. Sin embargo, es preciso distinguir lo relativo a la tutela preventiva de los intereses generales o públicos, de inequívoca naturaleza administrativa, de lo que atañe a la propiedad y a la tutela de los derechos subjetivos e intereses privados, de incuestionable carácter civil.

C) Cláusula de supletoriedad del Derecho estatal (artículo 149.3 CE): no corresponde al legislador foral determinar la eficacia del Derecho estatal aplicable con carácter supletorio

El art. 149.3 CE establece el principio general de supletoriedad del Derecho estatal respecto del Derecho de las Comunidades Autónomas.

La cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE tiene la finalidad de evitar vacíos en el sistema normativo del Estado autonómico, permitiendo así la integración de ordenamientos diversos, de manera que el aplicador del Derecho pueda rellenar las lagunas que pudieran

existir, sin que los legisladores autonómicos puedan incidir en dicha integración de ordenamientos fijando el alcance o los límites de aplicación del Derecho estatal.

En la **STC 157/2004, de 21 de septiembre,** se cuestiona la constitucionalidad de dos preceptos de la Ley Foral 7/2001, de 12 de julio, reguladora del comercio en Navarra (art. 50.2 y Disposición Final Segunda) que contienen una declaración expresa sobre la aplicación supletoria de la Ley estatal 7/1996, de ordenación del comercio minorista. El art. 50.2 dispone que "en todo lo no regulado en el presente Título, se estará a lo dispuesto en el Título III de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que tendrá carácter supletorio". La Disposición Final Segunda establece que "se declara la supletoriedad de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, en todo lo no previsto por la presente Ley Foral".

Se trata de dos preceptos autonómicos que declaran, respectivamente, la aplicación supletoria de una parte y de la totalidad de la Ley estatal 7/1996, de ordenamiento del comercio minorista, en todo lo no regulado o no previsto en determinada parte o en el conjunto de la Ley Foral 17/2001.

Constituye jurisprudencia constitucional reiterada que cuando el legislador autonómico regula materias de su competencia sobre las que existe normativa estatal viene a desplazar tal normativa, aplicándose con preferencia en cada Comunidad Autónoma las disposiciones propias; pero ello no supone ni que la Comunidad Autónoma sea competente para establecer la derogación o no de normas estatales aunque ello se circunscriba al ámbito territorial de la Comunidad, ni, más genéricamente, para determinar los efectos que sus normas producen sobre el Derecho estatal preexistente, pues la vigencia y aplicabilidad de éste será la que resulte de las normas constitucionales que regulen la relación entre el ordenamiento estatal y el autonómico (art. 149.3 CE) y no lo que establezca el legislador autonómico.

En consecuencia, el Tribunal declara la inconstitucionalidad del art. 50.2 y la Disposición Final Segunda citados, ya que no corresponde al legislador foral determinar la eficacia del Derecho estatal aplicable.

D) Control de constitucionalidad de las leyes: el bloque de la constitucionalidad aplicable como parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de una ley es el vigente en el momento de formularse el juicio y dictarse la sentencia; en relación con los efectos derivados de la modificación o derogación sobrevenida de una ley en un proceso de inconstitucionalidad es preciso distinguir entre los supuestos en que se plantea una cuestión de inconstitucionalidad y aquellos en que se presenta un recurso de inconstitucionalidad

El Tribunal Constitucional ha declarado que cuando el juicio de constitucionalidad haya de producirse por el contraste, no sólo con la Constitución sino con el llamado bloque de la constitucionalidad de acuerdo con lo que dispone el art. 28.1 LOTC al hablar de leyes que dentro del marco constitucional se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas, es claro que el Tribunal habrá de

considerar las leyes vigentes y las bases materiales establecidas en el momento de formularse el juicio y dictarse la sentencia. Este criterio se formula en las SSTC 137/86, de 18 de noviembre; 27/1987, de 24 de marzo; 154/1988, de 24 de agosto; 170/1989, de 19 de octubre; 1/2003, de 16 de enero.

Aunque este mismo criterio se haya utilizado en alguna ocasión aislada por el propio Tribunal en relación con las cuestiones de inconstitucionalidad, el canon de enjuiciamiento que debe aplicarse en este caso es la legislación vigente en el momento de referencia para la aplicación por el órgano judicial *a quo* de la norma cuestionada **(STC 178/2004, de 21 de octubre).**

En la **STC 168/2004, de 6 de octubre,** se reitera que la legislación básica del Estado a tener en cuenta como elemento de referencia para el enjuiciamiento de las normas autonómicas en este tipo de proceso constitucional ha de ser la vigente en el momento de adoptarse la decisión sobre la regularidad constitucional. En el caso concreto el Tribunal concluye que los preceptos de la Ley 4/1997, de 20 de mayo, de protección civil de Cataluña, objeto de impugnación por su incompatibilidad con la regulación básica estatal, no infringen la competencia estatal en materia de planificación y diversificación energética, puesto que ha sido el propio legislador básico estatal quien, mediante la aprobación de las Leyes 54/1997 y 34/1998, que sobrevenidamente se convierten en las bases estatales de referencia, ha hecho compatible esta competencia propia con la potestad tributaria autonómica cuando se ejerza sobre los subsectores energéticos del gas y la electricidad.

No cabe dar una respuesta unívoca y general a la cuestión relativa a los efectos de la modificación, derogación o pérdida de vigencia de una disposición legal, ulterior a su impugnación, sobre la eventual desaparición del objeto de los diversos procesos constitucionales; es preciso distinguir a este respecto entre la cuestión y el recurso de inconstitucionalidad.

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, tras esa derogación o modificación, resulte o no aplicable en el proceso *a quo* y de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo.

Sin embargo, cuando se trata del recurso de inconstitucionalidad, la pérdida sobrevenida de la vigencia del precepto legal impugnado habrá de ser tenida en cuenta por el Tribunal Constitucional para apreciar si la misma conlleva la exclusión de toda la aplicabilidad de la Ley, a los efectos de reconocer, en su caso, la desaparición del objeto del proceso constitucional, que, por sus notas de abstracción y objetividad, no puede hallar su exclusivo sentido en la eventual remoción de las situaciones jurídicas creadas en aplicación de la Ley, acaso inconstitucional (art. 40.1 LOTC). En consecuencia, carece de sentido pronunciarse sobre normas que el propio legislador ha expulsado ya del ordenamiento de modo total **(STC 134/2004, de 22 de julio).**

E) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley: es competencia del Tribunal Constitucional determinarlos con respeto a los límites que impone el artículo 40.1 LOTC

Es competencia del Tribunal Constitucional *ex* art. 40.1 LOTC determinar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley. En la **STC 178/2004, de 21 de octubre,** el Tribunal precisa que una adecuada ponderación de los intereses en juego impone, en el caso concreto enjuiciado en esta sentencia, no causar con la declaración de inconstitucionalidad perjuicios en el patrimonio de los ciudadanos contrarios al principio de protección de la confianza legítima, derivación del principio de seguridad jurídica, ni quebrantos imprevistos en la hacienda de la organización jurídico-pública a la que se pudieran dirigir eventuales reclamaciones. A continuación el Tribunal excluye expresa y pormenorizadamente la revisión de los actos administrativos dictados en aplicación de los preceptos legales declarados inconstitucionales así como la reclamación destinada a obtener la cuantía correspondiente al aprovechamiento urbanístico dejado de percibir o efectivamente cedido por la aplicación de los mencionados preceptos.

La precisión del Tribunal Constitucional excluye la estimación de posibles reclamaciones indemnizatorias que pudieran presentarse con fundamento en la nulidad de los actos de aplicación de la Ley, fundada en la declaración de inconstitucionalidad de la misma.

4. REGLAMENTO

A) Límites sustantivos al ejercicio de la potestad reglamentaria: para apreciar la existencia de arbitrariedad en el ejercicio de la potestad discrecional se requiere un ejercicio desmesurado de la misma que traspase los límites de la racionalidad

En la **STS de 12 de mayo de 2004**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2882, resuelve el Tribunal un recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados en Enfermería, contra el RD 815/2001, de 13 de julio, sobre la justificación del uso de radiaciones ionizantes para protección radiológica de las personas con ocasión de exposiciones médicas.

Se alega por parte del recurrente, entre otros argumentos, la existencia de arbitrariedad e infracción del principio de igualdad, al no haberse incluido en el Real Decreto a los Diplomados de Enfermería en Cuidados Especiales entre aquellas profesiones en cuyos programas de formación haya de incluirse objetivos específicos relacionados con la adquisición de conocimientos teórico-prácticos en las tareas de protección radiológica.

Señala el Tribunal que la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad discrecional, que proscribe el art. 9.3 CE en relación con el art. 106.1, requiere un ejercicio desmesurado de la misma que traspase los límites de la racionalidad, convirtiéndose en arbitrariedad a través del apartamiento de los fines que deben encarnar la actitud objetiva y razonable

de la Administración en el uso de la discrecionalidad; en este caso la Administración no incurre en arbitrariedad ya que la omisión apuntada responde a un defecto subsanable.

B) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

a) La obligación de comunicar la elaboración de un reglamento interno a las instituciones comunitarias no siempre debe considerarse de carácter sustancial

En la **STS de 13 de julio de 2004**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4863, resuelve el Tribunal el recurso contenciso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto 283/1999, de 22 de febrero, por el que se establece la normativa básica relativa al régimen de ayudas en el sector de forrajes desecados.

La impugnación se basa en la vulneración de disposiciones de Derecho Comunitario en la elaboración y contenido del reglamento. Aquí interesa la obligación impuesta a través del Reglamento 603/95 del Consejo, de 21 de febrero, según la cual los Estados miembros deberían comunicar a la Comisión las disposiciones que tengan la intención de aplicar en cumplimiento de la normativa comunitaria en esta materia, antes de adoptarlas, ya que en el caso de autos no había tenido lugar dicha comunicación.

Desde el punto de vista del Derecho interno considera el Tribunal que ello no puede considerarse una infracción determinante de la nulidad de pleno derecho del Reglamento aprobado, ya que la comunicación a las instituciones comunitarias de los proyectos de disposiciones generales se halla prevista por primera vez en la Ley 4/1999, por la que se modifica la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y esta norma es posterior a la aprobación del Real Decreto impugnado.

Desde el punto de vista del Derecho comunitario hay que tener en cuenta que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas considera que la omisión de la comunicación a la Comisión Europea puede constituir un vicio sustancial cuando así se desprenda de las finalidades con que la norma comunitaria impone la correspondiente obligación, especialmente cuando se trata del desarrollo de una Directiva, dadas las facultades de que disponen los Estados miembros para articular los instrumentos y la forma para llevar a cabo dicho desarrollo. Al no tratarse en este caso de una Directiva, cabe caracterizar la infracción como no sustancial, ya que la comunicación tiene un carácter meramente instrumental.

b) Nulidad de las normas reglamentarias autonómicas que desarrollan leyes dictadas por las Comunidades Autónomas en materias de su exclusiva competencia al no constar informe del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente

En la **STS de 22 de julio de 2004,** Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 5137, se resuelve recurso de casación contra STSJ de Galicia, relativa a la impugnación del Decreto 27/1996, de 25 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo legislativo del Capítulo IV de la Ley Gallega 8/1993 reguladora de la Administración hidráulica, relativo al canon

de saneamiento impuesto por Consello da Xunta de Galicia. El motivo del recurso es la no existencia de informe del Consejo de Estado relativo al citado reglamento.

Invocando la reiterada jurisprudencia al respecto del propio Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, se declara que en los Reglamentos de las Comunidades Autónomas que desarrollan Leyes autonómicas en materia de su exclusiva competencia, tal como era el caso, han de ser preceptivamente informados por el Consejo de Estado, en la hipótesis de que en la Comunidad Autónoma de que se trate no exista órgano consultivo equivalente. El reglamento impugnado es nulo, en caso de ausencia de dicho informe.

5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de igualdad

a) La igualdad permite una cierta oscilación de los criterios jurisprudenciales siempre que los cambios se motiven o, al menos, sean realizados conscientemente por el órgano judicial

La **STS de 11 de mayo de 2004**, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 4763, resuelve un recurso de casación interpuesto contra STSJ Asturias que estimó un recurso interpuesto contra Resolución del Ayuntamiento de Gijón por la que se autorizó el funcionamiento de un plan de pretratamiento de aguas.

El Ayuntamiento recurrente denuncia la vulneración del principio de igualdad por parte de la resolución recurrida al no haber explicado la Sala *a quo* las razones para cambiar de criterio con respecto a pronunciamientos anteriores. Al respecto afirma el Tribunal que es cierto que la Sala había mantenido tesis contradictorias con respecto al funcionamiento de la Planta de Pretratamiento de aguas residuales de la zona este de Gijón. Pero, a pesar de ello, el criterio sostenido en la sentencia recurrida ya se había establecido en la primera sentencia relativa a la misma cuestión, aunque después se abandonara y se volviera a retomar. En consecuencia, no se vulnera la igualdad, ya que la doctrina del Tribunal Constitucional requiere únicamente que el cambio de criterio sea consciente y razonablemente fundado o, en ausencia de una motivación expresa, que resulte patente por deducirse con certeza de la propia resolución.

b) No existe vulneración de la igualdad ante la Ley cuando la Administración se aparta de sus precedentes administrativos si éstos son ilegales

La **STS de 18 de mayo de 2004**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3396, resuelve un recurso de casación interpuesto contra una STSJ de Cataluña que declaró ajustadas a derecho dos resoluciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas que denegaron la inscripción de una marca.

Habiendo alegado el recurrente la vulneración del principio de igualdad reconocido en el art. 14 CE y de la jurisprudencia de la Sala sobre el principio constitucional de no discriminación, al considerar que, al denegar la inscripción de la marca, la Administración se aparta de otros precedentes administrativos en los que sí se accedió al Registro en circunstancias similares, el Tribunal rechaza la existencia de vulneración del art. 14 CE.

En primer lugar, dice el Tribunal que el precedente administrativo no vincula ni a la Administración ni al Órgano Jurisdiccional, los cuales no quedan obligados a mantener una situación ilegal aunque se haya producido. Y en segundo lugar, afirma que no consta que se trate de supuestos idénticos, sino que, por el contrario, existen indicios suficientes para suponer que se trata de casos diferentes, con marcas de diferentes leyendas, que afectan a productos distintos y que además tienen un elemento gráfico, con lo cual, como sucede en casi todos los supuestos de marcas, cada caso es diferente y no se pueden generalizar las consecuencias. En consecuencia, el Tribunal concluye que no existe vulneración del principio de igualdad.

En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal en su **STS de 5 de mayo de 2004**, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 4762, en un supuesto sobre deslinde de los bienes del dominio público marítimo terrestre estatal. Señala el Tribunal que el principio de igualdad carece de trascendencia para amparar una situación contraria al ordenamiento jurídico, de modo que el hecho de que otros terrenos de iguales características hubiesen podido quedar indebidamente excluidos del deslinde no justifica la indebida inclusión de los terrenos en el caso de autos. El principio de igualdad ha de entenderse referido en todo caso dentro de la legalidad.

c) Vulnera el principio de igualdad la imposición de restricciones en el ejercicio de acciones procesales que establece la legislación relativa a la jurisdicción militar

En la **STC 179/2004, de 21 de octubre,** se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Pleno del Tribunal Constitucional en relación con los arts. 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, sobre competencia y organización de la jurisdicción militar y 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, por posible vulneración de los arts. 14 y 24.1 CE en relación con el inciso final del art. 117.5 CE.

A juicio del Tribunal, la prohibición del ejercicio de la acción penal en calidad de acusador particular, así como de la acción civil derivada de delito o falta, en el ámbito del proceso militar, cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar y en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y de los institutos armados de naturaleza militar, ni resulta proporcionada a la pretendida finalidad de preservar la disciplina militar, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley reconocido por el art. 14 CE y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado por el art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

La disciplina militar tiene su propio ámbito en la garantía del principio constitucional de eficacia de todas las Administraciones Públicas (art. 103.1 CE) así como en el cumplimiento de la misión encomendada por el art. 8.1 CE a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender la integridad territorial y el ordenamiento constitucional. El posible menoscabo de la disciplina militar que pudiera hallar justificación en una anterior configuración de la jurisdicción militar, en cuanto directamente vinculada ésta a los mandos militares, no encuentra en nuestro actual ordenamiento jurídico respaldo alguno, dado que tal jurisdicción es desempeñada en la actualidad por Juzgados Togados y Tribunales militares dotados de independencia en el ejercicio de su función jurisdiccional (art. 117.1 y 5 CE) y desvinculados por completo del mando militar. En el mismo sentido, la STC 119/2000, de 12 de julio, estima un recurso de amparo sobre esta cuestión.

d) La imposibilidad de ser declarado en situación de invalidez permanente por haber cumplido la edad mínima de jubilación no vulnera el derecho fundamental reconocido en el artículo 14 CE

La utilización del criterio de la edad como determinante de la aplicación de los diferentes regímenes de cobertura a través del sistema de Seguridad Social pertenece al ámbito de libertad de configuración que compete al legislador. En consecuencia, la imposibilidad de ser declarado en situación de invalidez permanente por haber cumplido la edad mínima de jubilación no vulnera el principio de igualdad. Este criterio responde al planteamiento del Tribunal Constitucional de que no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable. Sobre esta cuestión ya se había pronunciado el Tribunal en las SSTC 197/2003, de 30 de octubre y 78/2004, de 29 de abril, analizadas en anteriores crónicas **(STC 149/2004, de 20 de septiembre).**

e) El artículo 149.1.1 CE atribuye competencia al Estado para limitar el ejercicio de competencias autonómicas con el fin de garantizar la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales

En la **STC 178/2004, de 21 de octubre,** el Tribunal Constitucional mantiene que la Comunidad Autónoma puede legislar conforme a su criterio en materia de urbanismo en tanto el Estado no limite válidamente ese ámbito de libertad reguladora mediante el establecimiento de condiciones básicas en el ámbito de su competencia, *ex* art. 149.1.1 CE.

El fundamento del problema deriva de la declaración de inconstitucionalidad del art. 27 LS de 1992, que establecía, tanto en suelo urbano como urbanizable un deber de cesión del 15 por ciento del aprovechamiento tipo. El art. 11 de la Ley Vasca 17/1994 cuya constitucionalidad se cuestiona, desarrolla el contenido del derecho de propiedad en suelo urbano en el marco de lo dispuesto por el citado art. 27 LS de 1992. Declarada la inconstitucionalidad de diversos preceptos estatales de la LS de 1992 recobró su vigencia

el Texto Refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, que no preveía cesiones en suelo urbano. En consecuencia, se suscita la cuestión relativa a si es constitucionalmente posible la regulación del precepto legal vasco sin que exista un norma del Estado que establezca, no ya los límites de la cesión del aprovechamiento en suelo urbano, sino la misma obligatoriedad de esa cesión en dicha clase de suelo.

El Tribunal recuerda su doctrina jurisprudencial sobre el art. 149.1.1 CE para fundamentar la conformidad a la Constitución del art. 11 de la Ley Vasca 17/1994: la legislación que con base en este precepto constitucional pueda dictar el Estado deberá sin duda ser respetada por el legislador autonómico. Sin embargo, en tanto que esa legislación estatal no se haya dictado, resultará sumamente difícil atribuir a la legislación autonómica una invasión competencial, ya que el art. 149.1.1CE, más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione –mediante, precisamente, el establecimiento de unas condiciones básicas uniformes–, el ejercicio de esas competencias autonómicas con el fin de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales.

El art. 149.1.1 CE no atribuye al Estado una competencia sustantiva sino la competencia para el establecimiento de límites al ejercicio por parte de las Comunidades Autónomas de sus competencias propias con el fin de garantizar la igualdad en las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y deberes constitucionales de los ciudadanos.

B) Principio de seguridad jurídica: no se vulnera cuando es posible una interpretación conforme a la Constitución que no resulte forzada

El principio de seguridad jurídica regulado en el art. 9.3 CE garantiza la expectativa razonablemente fundada del ciudadano sobre el cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho. Por este motivo, sólo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica.

En la **STC 156/2004, de 21 de septiembre,** el Tribunal declara que el art. 90 de la Ley 20/1991 de modificación de los aspectos fiscales del régimen económico-fiscal de Canarias no infringe el principio de seguridad jurídica ya que una interpretación sistemática del mismo en el contexto competencial en que se enmarca permite entender que la competencia para resolver las reclamaciones económico-administrativas en tributos de titularidad estatal corresponde a los órganos económico-administrativos del Estado. En este sentido, el citado precepto se puede interpretar de modo natural y no forzado y sin afectación de la seguridad jurídica como una norma atributiva de las competencias de revisión del arbitrio sobre la producción y la importación en las Islas Canarias, a la Co-

munidad Autónoma de Canarias, excepción hecha del conocimiento de las reclamaciones económico-administrativas que constituye materia de competencia estatal. En la medida en que es posible formular una interpretación de la norma conforme a la Constitución desaparece la posibilidad de alegar la infracción del principio de seguridad jurídica, ya que sólo cabe afirmar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión por este motivo cuando el precepto sometido a control no sea susceptible de una interpretación válida de modo natural y no forzado.

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. Clases de actos. A) Distinción con las disposiciones administrativas de carácter general. **3. Procedimiento administrativo.** A) Perentoriedad de los plazos procedimentales. B) Derecho de información y acceso a documentos en materia de medio ambiente. C) Naturaleza jurídica del silencio administrativo negativo. D) Caducidad del procedimiento de declaración de caducidad de una concesión demanial. No opera dicha figura antes de la reforma de 1999. **4. Eficacia y ejecución forzosa.** A) Identificación del sujeto que recibe la notificación. **5. Invalidez del acto administrativo.** A) Contenido imposible y actos dictados como consecuencia de una infracción penal.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre enero de 2004 y julio de 2004 respecto tanto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia no habiéndose detectado ningún pronunciamiento que suponga una novedad o matización en la jurisprudencia anterior.

2. CLASES DE ACTOS

A) Distinción con las disposiciones administrativas de carácter general

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 23 de enero de 2004**, Ar. 344, declara el carácter de norma jurídica del Decreto autonómico por el que se acuerda la formulación de las Directrices de Ordenación Territorial y Turismo de Canarias. Y ello porque "(…) del examen del Decreto resulta que nace como un conjunto que ha de pasar a integrar el Ordenamiento Jurídico con carácter normativo. De la simple lectura del mismo ya se aprecia su vocación

de permanencia pues es manifiesto que no se agota mediante un acto único aplicativo sino que establece el procedimiento para la aprobación de las Directrices de Ordenación. Por un lado, el criterio ordinamental, y por otro el de la consunción, caracterizan la actuación administrativa como disposición general. (…)".

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Perentoriedad de los plazos procedimentales

Para la **STS de 3 de mayo de 2004,** Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 2562, en modo alguno puede devaluarse la exigencia legal de respeto a los plazos establecidos para los diversos trámites de los procedimientos administrativos a una mera "formalidad temporal", frente a la que se alcen como únicos factores relevantes de la decisión el cumplimiento de los requisitos materiales que sean precisos en cada procedimiento. Por el contrario, el Tribunal afirma que "(…) los plazos cumplen diversos objetivos esenciales para el interés público, entre los que se cuentan el de posibilitar la ordenada tramitación de los procedimientos administrativos, garantizar la seguridad jurídica o asegurar un trato igual para los administrados (…)". En consecuencia, considera correcta la denegación de inscripción de una instalación de radiodiagnóstico médico al presentarse fuera del plazo establecido.

B) Derecho de información y acceso a documentos en materia de medio ambiente

La **STS de 17 de febrero de 2004**, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 2226, anula la denegación por el Consejo de Seguridad Nuclear del acceso de una asociación ecologista a determinadas actas de inspección referidas a un supuesto escape radioactivo al considerar que las mismas no eran documentación definitiva, en la medida en que, si bien se incardinan en un procedimiento administrativo, las mismas consideradas de forma aislada sí son un evidente soporte de información.

C) Naturaleza jurídica del silencio administrativo negativo

Bajo la redacción originaria de la Ley 30/1992, la figura del silencio negativo tenía la condición de verdadero acto administrativo negativo, al poder hacerse valer *erga omnes* y poner fin al procedimiento al impedir que se dictase un acto expreso tras la recepción de la certificación de acto presunto, la cual se consideraba exclusivamente como un justificante formal de los efectos estimatorios o desestimatorios. Pero tras la modificación de 1999, a juicio de la **STS de 23 de febrero de 2004**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2489, el silencio negativo no es ya un verdadero acto, sino una ficción procesal, por lo que sigue vigente sin límite temporal alguno la obligación de dictar resolución expresa sin vinculación al sentido del silencio.

D) Caducidad del procedimiento de declaración de caducidad de una concesión demanial. No opera dicha figura antes de la reforma de 1999

La **STS de 21 de abril de 2004**, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 2640, reiterando la doctrina fijada en la Sentencia de 3 de marzo de 2004, excluye la figura de la caducidad en los procedimientos para declarar la caducidad de concesiones demaniales por incumplimiento de las cláusulas del título concesional, al tratarse de un procedimiento iniciado de oficio, sin que puedan aplicarse al respecto la normativa sobre procedimientos sancionadores.

Cuando, tras la modificación de 1999, la caducidad se proyecta sobre los procedimientos incoados de oficio susceptibles de producir efectos desfavorables, el plazo de caducidad comienza a computarse desde la fecha en la que se acuerda el inicio del expediente, no en la fecha en que se notifica, como precisa la **STS de 2 de marzo de 2004**, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 2493.

4. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) Identificación del sujeto que recibe la notificación

La finalidad de la regulación del procedimiento para practicar la notificación, en el caso de que la misma se practique a sujeto distinto al interesado, es permitir la suficiente identificación de la persona a la que se entrega. Por ello, la **STS de 9 de febrero de 2004**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1048, considera incorrectamente practicada una notificación si simplemente consta el sello de la empresa, sin identificación de la persona que la recibe. Con ello se entra en contradicción con anteriores Sentencias de la Sección Quinta.

5. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Contenido imposible y actos dictados como consecuencia de una infracción penal

La **STS de 15 de abril de 2004**, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 2631, resume las características de la imposibilidad de contenido como supuesto de nulidad de pleno derecho. Afirma que tal imposibilidad debe ser "(…) de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a la ilegalidad del acto que suele comportar anulabilidad; debe ser, asimismo, originaria ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría simple ineficacia del acto. Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a Leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. La jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de éste (…)". Ante esta doctrina,

la Sentencia afirma el carácter nulo de un acto que otorgaba el certificado de aptitud de dirección de escuela de conductores obtenido tras presentar un título académico falso, no por ser dicho acto de imposible contenido, sino por haber sido obtenido como consecuencia de una infracción penal.

Blanca Rodríguez-Chaves Mimbrero
Juan Antonio Chinchilla Peinado

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Actos preparatorios y requisitos de los contratos. A) Capacidad de los contratistas. a) Prohibición de contratar a los cargos electivos de Corporación Municipal: renuncia previa al cargo. b) No necesidad de alta en el Impuesto de Actividades Económicas y de inscripción en la Seguridad Social para licitadores que sean empresas nuevas. B) Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas. a) Procedencia de cláusula de descuento por pronto pago: principio de libertad de la Administración para concertar pactos. b) Nulidad por falta del imprescindible proyecto técnico. c) Nulidad por falta de fijación definitiva de fianza y de garantía de la financiación. d) Nulidad por falta de establecimiento de un sistema de puntuación. **3. Formas de adjudicación.** A) Concurso. a) Discrecionalidad técnica y función de la mesa de contratación: ofrecer elementos de juicio que faciliten el cometido del órgano decisor. b) Infracción del principio de libre concurrencia por la exigencia de que los concursantes tengan una experiencia de tres años. c) Nulidad de adjudicación realizada sin tener en cuenta los criterios establecidos en el Pliego, a pesar de ser uno de éstos contrarios al ordenamiento jurídico. d) Nulidad de anuncio de concurso por omisión en el Pliego de la obligación, por parte de la empresa adjudicataria, de asumir trabajadores anteriores. e) Desestimación por la mesa de contratación de oferta incumplidora del objeto del contrato. f) Adjudicación improcedente por incorrecta valoración de los criterios de adjudicación y derecho de adjudicación del recurrente. B) Procedimiento negociado. a) Procedencia de adquisición de solar a través de procedimiento negociado sin publicidad y titulares no registrales. **4. Ejecución de los contratos.** A) Equilibrio económico. a) *Ius variandi* de la Administración. b) Enriquecimiento injusto. B) Imposición de penalidades. a) Aplicación de penalidades diferentes de las previstas en la norma. C) Pago. a) Prescripción del plazo de reclamación de deudas a la Administración derivadas de ejecución de contrato. b) Reconocimiento de deuda a favor del presunto contratista por efectos del silencio positivo. D) Extinción. a) Extinción del contrato con rescate de los bienes por la Administración. b) Extinción de contrato sin previa audiencia al conce-

sionario: trámite que se entiende subsanado con la interposición del recurso administrativo correspondiente. c) Resolución del contrato por causa imputable al contratista aunque medie incumplimiento de la Administración. E) Anulación del contrato. a) De la simple declaración de lesividad de la adjudicación de un contrato no se deriva indemnización para el particular adjudicatario. **5. Contratos administrativos típicos.** A) Contrato de servicio público. a) Validez de la cláusula contractual en la que el concesionario renuncia a ser indemnizado en caso de extinción del contrato de servicio público por supresión de dicho servicio. b) Distinción entre canon y tarifas, y posibilidad de su revisión simultánea.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica de jurisprudencia comprende el análisis de las sentencias del Tribunal Supremo dictadas hasta junio de 2004 y las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia hasta diciembre de 2003.

De entre las sentencias estudiadas merece una referencia especial la **STSJ de Aragón de 9 de octubre de 2003**, Ar. 341, por los confusos y poco concretos términos en que reconoce un derecho subjetivo a resultar adjudicatario de un concurso, una vez que éste es anulado por el Tribunal, al licitador recurrente.

2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Capacidad de los contratistas

a) Prohibición de contratar a los cargos electivos de Corporación Municipal: renuncia previa al cargo

La **STS de 31 de mayo de 2004,** Ar. 1932, afirma que a los concejales les es aplicable la prohibición de contratar establecida en el art. 20.e) LCAP, en cuanto cargo electivo de la Corporación municipal. Con ello, la Ley pretende evitar que, al mismo tiempo, se ejerza dicho cargo y se ostente la condición de contratista en una relación contractual con la Corporación local a la que pertenece y en la que, lógicamente, se darán las situaciones de intereses contrapuestos propias de los contratos bilaterales. Pero, también se establece la prohibición para evitar que exista, en realidad o en apariencia, un aprovechamiento del cargo para obtener la adjudicación del contrato. En puridad de principios, no estamos ante una incompatibilidad sino ante una prohibición para contratar fundada en razones de "moralidad pública" para dar solución a los posibles conflictos de intereses, entre los públicos que representa el Ayuntamiento a que se pertenece como concejal y los propios

o privados; o, dicho en otros términos, la imposibilidad que resulta del precepto legal alcanza al concejal no sólo para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones en una relación contractual ya constituida con la Corporación local propia, sino, incluso, para la adquisición de la condición de contratista, pues se trata, asimismo, de garantizar que no existe un aprovechamiento del cargo para obtener el contrato en detrimento de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad que rige la adjudicación de los contratos con las Administraciones públicas. Por consiguiente, ha de considerarse que, en materia de contratación, la opción a que se refiere el art. 178.3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General ha de ejercitarse, en todo caso, antes de la adjudicación del contrato, no después de la notificación de ésta o de haber sido elegido para "el puesto de trabajo", como sostiene el concejal recurrente en este caso.

b) No necesidad de alta en el Impuesto de Actividades Económicas y de inscripción en la Seguridad Social para licitadores que sean empresas nuevas

La **STSJ de Aragón de 9 de octubre de 2003,** Ar. 341, sostiene que, en este caso, el hecho de que la empresa adjudicataria no estuviera dada de alta en el Impuesto de Actividades Económicas, ni en el sistema de la Seguridad Social, no puede determinar la exclusión del concurso y ello porque se trataba de una empresa nueva, que no había comenzado a desarrollar su actividad. Esto es, ni tenía trabajadores que dar de alta, por lo que no era preciso estar inscrita en el sistema de la Seguridad Social, ni tenía un local o establecimiento en la localidad por el que darse de alta en el Impuesto de Actividades Económicas. Estos requisitos establecidos en el Pliego son exigibles a las empresas que ya realizan actividades, pero no pueden ser exigidos a las empresas que comenzaran a realizarlas sólo en el caso de que sean adjudicatarias del concurso.

B) Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas

a) Procedencia de cláusula de descuento por pronto pago: principio de libertad de la Administración para concertar pactos

La **STS 16 de febrero de 2004,** Ar. 878, sostiene que la cláusula de descuento por pronto pago es perfectamente admisible dentro del principio de que la Administración puede concertar los pactos o condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración (art. 3 Ley de Contratos del Estado). Los preceptos contenidos en el art. 47 de la Ley de Contratos del Estado sobre plazo para pagar las certificaciones y devengo de intereses no contienen regla alguna que se oponga a que la Administración pueda establecer una cláusula de descuento por pronto pago, que, por otro lado, ha sido aceptada libremente, mejorándola, por la sociedad adjudicataria del concurso.

b) Nulidad por falta del imprescindible proyecto técnico

La **STS de 10 de mayo de 2004,** Ar. 3495, reitera la nulidad del concurso determinada por la sentencia de instancia en virtud de la falta del imprescindible proyecto técnico, que es

una pieza clave en el esquema del concurso pues aporta los datos que los licitadores deben conocer para formular sus propuestas y que ha de ser elaborado antes de convocar la licitación. En el caso enjuiciado, tal proyecto no existe y no se puede considerar sustituido por el estudio elaborado por una sociedad anónima, ni por las memorias que el Pliego exige presentar a los licitadores, pues es la Administración la que tiene que fijar las condiciones mínimas en que debe prestarse el servicio. Así pues, se entienden infringidos los arts. 118 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales y 210 del Reglamento General de Contratación del Estado.

c) Nulidad por falta de fijación definitiva de fianza y de garantía de la financiación

La **STS de 10 de mayo de 2004,** Ar. 3495, reitera la nulidad del concurso determinada por la sentencia de instancia por no establecerse en el Pliego la fianza definitiva que exige el art. 14 de la Ley de Contratos del Estado. Sin embargo, el aprobado por el Ayuntamiento en cuestión lo que hace es remitirse a lo que determinen los reglamentos, los cuales no resuelven cuál haya de ser la fianza en este caso.

En cuanto a la financiación, el Pliego se limita a decir que las tarifas serán las que se aprueben en el momento de la adjudicación, por lo que tampoco se puede considerar cumplido lo que preceptúa el art. 115.6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, conforme al cual han de precisarse sus factores constituidos. Y, a falta de esa referencia, no tiene sentido la alegación del Ayuntamiento en el sentido de que se cubrirá con subvenciones municipales la diferencia entre el coste real del servicio y lo que se obtenga mediante la tarifa.

d) Nulidad por falta de establecimiento de un sistema de puntuación

La **STS de 10 de mayo de 2004,** Ar. 3495, reitera la nulidad del concurso determinada por la sentencia de instancia por no establecerse en el Pliego un sistema de puntuación. Si se opta por el concurso, entonces se debe asignar en el Pliego uno o más puntos para cada uno de los criterios, para efectuar la adjudicación a quien obtuviere la puntuación más alta. Naturalmente, la determinación de una serie de criterios generales en los que ha de basarse tal decisión no sirve para suplir esta deficiencia.

3. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Concurso

a) Discrecionalidad técnica y función de la mesa de contratación: ofrecer elementos de juicio que faciliten el cometido del órgano decisor

La **STS de 13 de febrero de 2004**, Ar. 2348, considera que la afirmación de la discrecionalidad de la sentencia recurrida está referida más propiamente a la llamada "discrecionali-

dad técnica", pues con ello se quiere resaltar que la calificación de las ofertas participantes en el concurso es una operación que exige saberes especializados y comporta un cierto margen de apreciación. En este contexto, la función de la mesa de contratación no es decidir la adjudicación del concurso, sino ofrecer, a través de sus observaciones, elementos de conocimiento o juicio que faciliten su cometido a la autoridad que ha de tomar aquella decisión. Por esta razón, las reglas de funcionamiento interno que haya podido establecer la mesa para formular sus observaciones no vinculan a la autoridad que ha de efectuar su adjudicación, ni tampoco le vincula el resultado o la solución que preconicen esas observaciones.

b) Infracción del principio de libre concurrencia por la exigencia de que los concursantes tengan una experiencia de tres años

La **STS de 10 de mayo de 2004,** Ar. 3495, reitera la nulidad del concurso determinada por la sentencia de instancia por entender infringido el principio de libre concurrencia establecido en el art. 13 de la Ley de Contratos del Estado por la exigencia contenida en el pliego de que los concursantes tuvieran una experiencia mínima de tres años en la gestión de los servicios municipales de abastecimiento de agua potable, por carecer de la base legal requerida para contratar. En efecto, considera el Tribunal Supremo que una cosa es que se tenga en cuenta en el momento de valoración de las ofertas la experiencia previa y otra que se erija en requisito para concursar.

En sentido similar, la **STS de 24 de mayo de 2004**, Ar. 4013, en la que se afirma que la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre concurrencia en la contratación administrativa.

c) Nulidad de adjudicación realizada sin tener en cuenta los criterios establecidos en el Pliego, a pesar de ser uno de éstos contrarios al ordenamiento jurídico

La **STS de 24 de mayo de 2004,** Ar. 4013, concluye con la anulación de un concurso en el que la mesa de contratación acordó no tomar en cuenta el criterio de la experiencia, que era uno de los incluidos en los de valoración técnica por estar en contradicción con las directrices de la normativa de la Unión Europea. Fue esta no valoración de la experiencia la que determinó que, atendidos los demás criterios de valoración técnica y apreciados conjuntamente con la oferta económica, el contrato se adjudicase a un licitador y no a otro. Aunque no se resuelve teniendo en cuenta razones ajenas al Pliego, la adjudicación se realizó sin atenerse al propio Pliego de Condiciones, lo que implica la vulneración del art. 75 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el que se afirma que la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre concurrencia en la contratación administrativa. En opinión del Tribunal Supremo, situada la mesa de contratación ante la comprobación de que el Pliego era contrario a derecho, no fue conforme al ordenamiento jurídico continuar el procedimiento de selección, sino que, por el contrario, éste debería haberse declarado en suspenso, elevándose a la autoridad competente el informe que procediera y, en su caso, la propuesta que se considerase oportuna.

d) Nulidad de anuncio de concurso por omisión en el Pliego de la obligación, por parte de la empresa adjudicataria, de asumir trabajadores anteriores

La **STS de 1 de junio de 2004,** Ar. 3676, reitera la anulación llevada a cabo por la sentencia de instancia de un anuncio de concurso público sobre la contratación de un servicio de limpieza. La anulación se fundamenta en que en el Pliego se omitió la obligación, por parte de la empresa adjudicataria del servicio, de asumir y adscribir a los trabajadores afectados por la concesión, subrogándose en los derechos y obligaciones de la empresa saliente, pues es natural y lógico que quien concursa para que le sea adjudicada una contrata tenga conocimiento previo de todas y cada una de las consecuencias que le va a deparar la adjudicación.

e) Desestimación por la mesa de contratación de oferta incumplidora del objeto del contrato

La **STS de 4 de junio de 2004,** Ar. 3812, confirma la procedencia de la desestimación de una oferta presentada al concurso por no ajustarse al objeto del contrato. En el caso, la mesa de contratación abrió las plicas que contenían las proposiciones y, en vez de limitarse a comprobar que se presentaba la documentación correcta para remitir después esas proposiciones al órgano competente, comenzó por desechar la oferta de una empresa (la recurrente) por entender que no se atenía al objeto del contrato. Se aprecia, en consecuencia, que no se dio un cumplimiento estricto a las cláusulas del Pliego. Sin embargo, esta irregularidad procedimental, en opinión del Tribunal Supremo, no puede considerarse determinante ni presenta el suficiente interés casacional, sin perjuicio de que haga una precisión sobre la conducta correcta de la mesa de contratación. Pues evidentemente, ésta hubiera podido elevar la proposición al órgano contratante acompañada de un informe relativo al cumplimiento del objeto, con lo que se hubiera obtenido el mismo resultado, ya que, en efecto, la empresa que recurre no cumplía el objeto del contrato definido en el mismo Pliego.

f) Adjudicación improcedente por incorrecta valoración de los criterios de adjudicación y derecho de adjudicación del recurrente

La **STSJ de Aragón de 9 de octubre de 2003,** Ar. 341, concluye afirmando la nulidad de la adjudicación de una emisora de radio por realizarse una incorrecta valoración de los criterios fijados en el Pliego. Correlativamente, el Tribunal declara "como situación jurídica individualizada el derecho de la actora a que se le adjudique la citada emisora". Esta contundente afirmación es matizada en el Fundamento de Derecho octavo en los siguientes términos: "(…) el reconocimiento de la situación jurídica individualizada no es el de la adjudicación de la concesión, por lo que dependerá de la decisión del Gobierno de Aragón en último término declarar desierta la misma (…)". Por otro lado, tampoco se concreta el reconocimiento de la "situación jurídica individualizada" en el otorgamiento de una indemnización, por no especificar la recurrente los daños o perjuicios que hubiera podido padecer por la no adjudicación.

En consecuencia, la sentencia, tras afirmar contundentemente "como situación jurídica individualizada el derecho de la actora a que se le adjudique la citada emisora", no determina en qué se concreta tal derecho, expresándose en unos términos que pudieran calificarse como confusos y poco claros.

B) Procedimiento negociado

a) Procedencia de adquisición de solar a través de procedimiento negociado sin publicidad y titulares no registrales

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de diciembre de 2003,** Ar. 235, considera adecuada a Derecho la adjudicación de un contrato de adquisición por el Ayuntamiento de la mitad indivisa de un solar a las propietarias titulares registrales del mismo. El problema reside en que existen otros particulares que afirman tener también derechos sobre la propiedad en cuestión y que recurren la adjudicación y pretende su anulación por haberse tramitado el expediente administrativo de contratación en un solo día y sin publicidad alguna. Sostienen que la debida publicidad les habría permitido acudir al expediente haciendo valer sus derechos.

Para el Tribunal, resulta extraña la exigencia de una fase de publicidad cuya misión, en materia de contratación, es permitir la libre concurrencia de cuantas personas estén en posición de ofrecer a la Administración la prestación que reclama, pero no, desde luego, la de depurar las relaciones jurídico-privadas que puedan afectar a un bien que se desea adquirir. Del texto de la Ley de contratos se deriva, ya por aplicación analógica, ya por extracción de un principio general a partir de su articulado, una idea similar cuando, tanto en relación con el contrato de obras, como con el de suministro, permite la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad en los casos en los que no cabe imaginar la concurrencia de otras personas porque sólo una está en condiciones de ofrecer la prestación deseada. De ello se deduce que, en casos en los que la prestación es singular, no cabe sino negociar el contrato con la única persona que puede prestarla, sin que tenga sentido convocar a una concurrencia de ofertas cuando el único que puede hacerlas es quien puede ofrecer la prestación que la Administración requiere.

Sentado esto, el Tribunal continúa analizando el proceder del Ayuntamiento en este caso concreto y concluye afirmando que, aparte de cuestiones fácticas, a la vista de la situación registral y judicial existente no es posible actuar de forma distinta a la que se actuó, sin perjuicio de que los interesados ejerzan por la vía civil las acciones que crean oportunas. Por tanto, el Ayuntamiento actuó correctamente al contratar con quienes registralmente aparecían como únicas titulares.

> "Si el Ayuntamiento adquirió de buena o mala fe extrarregistral, y la eficacia de la misma, es cosa que deberá decidirse en el eventual procedimiento civil que en reivindicación de la propiedad se entable en su caso, pero no es circunstancia que hubiera obligado al Ayuntamiento a utilizar un procedimiento de contratación diferente del que usó, y que era adecuado a la vista de la situación y de lo que se pretendía (...)" (Fundamento de Derecho 2º).

4. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Equilibrio económico

a) *Ius variandi* de la Administración

La **STS de 24 de mayo de 2004,** Ar. 3670, conoce de un contrato de obra de construcción de la Escuela Nacional de Protección Civil y un campo de prácticas, en cuya realización se produjo, por causas no imputables al adjudicatario, una modificación del proyecto de la obra, dando lugar a otro reformado que supuso la ampliación del tiempo de ejecución del contrato. El aumento en los costes de la aplicación del plan de seguridad e higiene durante ese tiempo adicional es lo que lleva a la empresa adjudicataria a impugnar la resolución de la Administración contratante, del Ministerio de Justicia e Interior, por la que se resuelve excluir de la liquidación provisional la cantidad adicional derivada de ese aumento de costes. El Tribunal Supremo, siguiendo jurisprudencia constante, declara que hay que pagar al contratista la obra realmente ejecutada para, de ese modo, evitar el enriquecimiento injusto de la Administración y salvaguardar el equilibrio financiero.

b) Enriquecimiento injusto

La **STS de 11 de mayo de 2004,** Ar. 3949, declara, siguiendo jurisprudencia del propio tribunal, que se produce enriquecimiento injusto en un caso en el que se anulan los acuerdos municipales que aprobaron las bases de un contrato administrativo, y en el que, sin embargo, el Ayuntamiento se hizo con el proyecto de obras redactado por la empresa contratista a la que se adjudicó originariamente el contrato.

También en la **STS de 11 de mayo de 2004,** Ar. 3005, se reconoce la existencia de enriquecimiento injusto por obras de restauración del Palacio de San Telmo, que fueron encargadas por la Administración a una empresa contratista sin que se formalizara contrato alguno. No obstante, el Tribunal matiza y reduce la responsabilidad de la Administración en la medida que la empresa en cuestión era habitualmente contratista de dicha Administración, por lo que no ignoraba que la situación en la que se encontraba, aunque similar a una relación contractual, carecía de los requisitos legales para ser considerada como tal.

Asimismo la **STSJ de Aragón de 4 de septiembre de 2003**, Ar. 189, afirma, citando jurisprudencia del Tribunal Supremo, que es obligado el pago de la Administración si consta que se ha beneficiado de determinadas actuaciones pese a que éstas no tengan el soporte en el procedimiento administrativo que era legalmente necesario. En esta misma sentencia se alude a la doctrina del enriquecimiento sin causa y concretamente a la posibilidad de exigir responsabilidades a "los titulares de los órganos administrativos que consintieron la inexistencia de un expediente de contratación".

B) Imposición de penalidades

a) Aplicación de penalidades diferentes de las previstas en la norma

En la **STS de 31 de mayo de 2004**, Ar. 3877, se declara que el ordenamiento jurídico no prohíbe que, en supuestos justificados, ante la demora en el cumplimiento del contrato, se opte por la imposición de penalidades diferentes de las previstas en las normas de contratación administrativa, en la línea con lo que dispone el art. 95.3 del vigente Real Decreto Legislativo 2/2000.

C) Pago

a) Prescripción del plazo de reclamación de deudas a la Administración derivadas de ejecución de contrato

En la **STS de 2 de junio de 2004**, Ar. 4023, se conoce de un supuesto en el que la contratista reclama el importe de unas obras complementarias, cuya efectiva realización está probada, y en relación con las que el Tribunal de instancia apreció la prescripción opuesta por la Administración, al haber transcurrido más de cinco años desde la ejecución de la obra hasta la reclamación de su importe. Lo que se discute es la aplicación de los apartados a) y b) de la Ley General Presupuestaria, es decir, si el plazo de los cinco años ha de computarse a partir del momento en que se concluyó la obra, o a partir del reconocimiento de la obligación por parte de la Administración. El Tribunal aplica el primer criterio, en la medida que en este caso nunca se llegó a exigir el pago de lo debido, por lo que faltó el previo reconocimiento o liquidación de las obligaciones por parte de la Administración.

b) Reconocimiento de deuda a favor del presunto contratista por efectos del silencio positivo

En **STSJ de Aragón de 1 de septiembre de 2003**, Ar. 230, se enjuicia un supuesto en el que, aunque no se halla probada la existencia de la deuda reclamada por la empresa recurrente, ni tampoco la relación jurídica contractual entre ella y la Administración, el Tribunal reconoce el derecho al abono de la misma, partiendo de que el abono de dicha deuda fue solicitado a la Administración y ésta no resolvió la solicitud en plazo. El Tribunal entiende que en este caso se ha producido una situación de silencio administrativo positivo con lo reconoce sin más el derecho al abono de la reclamación económica formulada.

D) Extinción

a) Extinción del contrato con rescate de los bienes por la Administración

En la **STS de 31 de mayo de 2004**, Ar. 3581, la Administración municipal sostiene la procedencia de que la contratista le entregase las máquinas expendedoras de tiques al extinguirse el contrato del que resultó adjudicataria para la prestación del servicio denominado ORA. A este respecto el Tribunal Supremo declara acertada la decisión que adopta

la Sala de instancia cuando expresa que, no habiendo en el supuesto de autos estipulación expresa en orden a la entrega de las máquinas expendedoras de tiques, no puede el Ayuntamiento exigir su entrega ni el abono de su importe.

b) Extinción de contrato sin previa audiencia al concesionario: trámite que se entiende subsanado con la interposición del recurso administrativo correspondiente

En **SSTS de 17 de mayo de 2004,** Ar. 3511, y **de 21 de mayo de 2004**, Ar. 3786, se conoce de un supuesto en el que se procedió a la supresión del servicio público y a la extinción del contrato correspondiente sin dar audiencia previa al concesionario. La omisión de este trámite, esencial en el expediente, puede producir indefensión al interesado, pero en este caso no pudo causarla, a juicio del Tribunal, en la medida que este defecto quedó subsanado por la interposición del recurso de reposición, en el que la entidad interesada tuvo ocasión de manifestar cuanto estimó conveniente para la defensa de su derecho. En esta línea, el Tribunal Supremo aplicó su doctrina jurisprudencial basada en el art. 63.2 de la Ley 30/1992, sobre los defectos formales del acto administrativo, conforme a la cual sólo producen anulabilidad cuando el acto no puede alcanzar su fin o produce indefensión a los interesados: "(…) en aquellos casos en que el demandante pudo combatir el acto en el recurso de reposición, sería inútil retrotraer las actuaciones para que se diese un nuevo trámite de audiencia, siendo así que las alegaciones que pudiera formular el interesado ya fueron expuestas en el recurso administrativo, por lo que la retroacción de actuaciones supondría una repetición innecesaria (y contraria a un principio elemental de economía procesal)".

c) Resolución del contrato por causa imputable al contratista aunque medie incumplimiento de la Administración

Es el caso del que conoce la **STSJ de Andalucía de 19 de noviembre de 2003**, Ar. 316, en el que la Administración incumple sus obligaciones relativas al pago debido a importantes déficit presupuestarios y el concesionario deja de prestar el servicio contratado, suspende unilateralmente su prestación, no abonando a sus trabajadores los salarios correspondientes. Entiende el tribunal que el contratista está incurso en una causa de resolución del contrato, por cuanto para apreciar lo contrario, sería necesario considerar que se le pide un "insoportable e injustificado sacrificio al acreedor", es decir, que el impago de la Administración, además de ser cuantitativamente elevado y prolongado haya hecho imposible realmente al contratista atender a sus obligaciones.

E) Anulación del contrato

a) De la simple declaración de lesividad de la adjudicación de un contrato no se deriva indemnización para el particular adjudicatario

– Esto sostiene el Tribunal Supremo, en **STS de 23 de abril de 2004**, Ar. 2649, en un caso en el que el acuerdo administrativo por el que se declara la lesividad de la adjudicación no

va seguido de la suspensión de los efectos de dicha adjudicación. En este sentido precisa el Tribunal que para poder reclamar una indemnización hace falta que se produzca la declaración de nulidad de la adjudicación por parte de los tribunales, ya que la declaración de lesividad de la misma es un presupuesto procesal o requisito que toda Administración tiene que cumplir cuando pretenda iniciar un proceso jurisdiccional con el fin de obtener la anulación de un acto dictado por ella misma.

5. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de servicio público

a) Validez de la cláusula contractual en la que el concesionario renuncia a ser indemnizado en caso de extinción del contrato de servicio público por supresión de dicho servicio

Esto declaran las citadas **SSTS de 17 de mayo de 2004**, Ar. 3511, y **de 21 de mayo de 2004**, Ar. 3786, en la que al respecto se afirma:

> "Esta cláusula es perfectamente válida. Se encuentra amparada en el principio de libertad de pactos que se recoge en el art. 3 de la LCE, no habiendo en ella nada contrario al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración. Y conviene recordar también que el art. 6.2 del Código Civil admite como válida la renuncia a los derechos reconocidos por las Leyes (en este caso a la indemnización en caso de supresión del servicio), exigiendo solamente que la renuncia no sea contraria al interés o al orden público ni perjudique a terceros, circunstancias que no se dan en el supuesto que analizamos. Por otra parte, tampoco cabe invocar la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato de gestión de servicios públicos, ya que la empresa contratista sabía desde el primer momento, al aceptar el Pliego de Condiciones, que en caso de suprimirse el servicio no tendría derecho a indemnización alguna, por lo que sus previsiones debían incluir forzosamente la amortización del material e inversiones realizadas para la prestación del servicio de conducción del correo."

b) Distinción entre canon y tarifas, y posibilidad de su revisión simultánea

A esta distinción se refiere la **STS de 20 de abril de 2004**, Ar. 2865, "si bien es cierto, a tenor de lo que resulta del art. 115.6º y 8º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, que son tarifas lo que el concesionario hubiere de percibir del público, y canon la participación que hubiere de satisfacer, en su caso, el concesionario a la Corporación, lo que implica que tarifa y canon responden a una finalidad distinta y que aquélla constituye la contraprestación en favor del concesionario y a cargo del público usuario, y que el canon es la suma que el concesionario ha de abonar a la Administración precisamente por razón de la concesión, nada debe obstar a que, pedida y obtenida por el concesionario la revisión de las tarifas,

la Administración fijara al mismo tiempo el canon correspondiente, (…), al ser aquél revisable anualmente en la misma proporción en que varíe el índice de precios al consumo y al poder coexistir revisión de canon y revisión de tarifas".

Julia Ortega Bernardo
Mónica Domínguez Martín

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Sumario:

1. Administración del Estado. A) Irrenunciabilidad de la competencia: La voluntad de un Ministro de no intervenir en un asunto no puede justificar una alteración de la competencia. El Consejo de Ministros, y no el Presidente del Gobierno, es el órgano competente para decidir las suplencias de los Ministros. Las suplencias han de acordarse con carácter general y no para un asunto concreto. **2. Administración local.** A) Autonomía local. a) Límites a la segregación de municipios. La inclusión de requisitos restrictivos a la segregación es una opción de política autonómica legítima y que no vulnera la autonomía local. b) Posibilidad de que las ordenanzas municipales tipifiquen infracciones y sanciones de acuerdo a la interpretación de dicho principio a la luz de la Carta Europea de Autonomía local de 15 de octubre de 1985.
B) Competencias y servicios locales. a) Prestación de servicios sociales: La no conformidad a Derecho de un acuerdo municipal por el que se acordaba sufragar los gastos ocasionados a una familia por el fallecimiento de una vecina en enfrentamiento con la Guardia Civil. b) La prestación del servicio público de limpieza viaria y de colegios y recogida de basuras por sociedad mercantil con capital íntegramente municipal no está sujeta al IVA hasta la promulgación de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre.
C) Organización municipal. Nulidad por falta de competencia del alcalde para acordar por Decreto la declaración de caducidad de una concesión administrativa que tenía por objeto la construcción y explotación de un estacionamiento subterráneo.

1. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

A) Irrenunciabilidad de la competencia: La voluntad de un Ministro de no intervenir en un asunto no puede justificar una alteración de la competencia. El Consejo de Ministros, y no el Presidente del Gobierno, es el órgano competente para decidir las suplencias de los Ministros. Las suplencias han de acordarse con carácter general y no para un asunto concreto

La **STS de 3 de junio de 2004,** Sala Tercera, Ar. 4270, resuelve la impugnación del RD 138/2003, de Presidencia del Gobierno, por el que se acordó que el Ministro de Hacienda

sustituiría al Vicepresidente Segundo del Gobierno para Asuntos Económicos y Ministro de Economía en la resolución del expediente disciplinario abierto a Banesto y a los que ostentaron cargos de administración y dirección.

La única causa que se expresaba en el Real Decreto para disponer la suplencia era la voluntad de no intervenir en la resolución del expediente disciplinario manifestada por el Vicepresidente Segundo del Gobierno para Asuntos Económicos y Ministro de Economía. Posteriormente en el proceso se alegaron dos justificaciones adicionales. Por un lado, la existencia de una relación de parentesco de consaguinidad en cuarto grado entre el Ministro de Economía y uno de los administradores afectados por el expediente y, por otro lado, el hecho de que el día previsto para la firma de la resolución del expediente disciplinario el Ministro iba a estar ausente por tener que atender otros compromisos.

El Tribunal Supremo rechaza ambas justificaciones. En primer lugar, considera que la relación de parentesco supuestamente concurrente no se ha probado en el proceso por lo que no puede tomarse en consideración por la Sala. Y afirma que incluso en el caso de que se aceptara la existencia de la causa de abstención, "ante la ausencia de norma legal en la Ley del Gobierno para resolver sobre dicha abstención y sustitución, tal vacío normativo ha de colmarse, como declaramos en Sentencia de 28 de febrero de 2002, mediante la aplicación de la analogía, en base a la cual la decisión correspondería al Consejo de Ministros y no exclusivamente al Presidente del Gobierno".

Tampoco se acepta que la necesidad de ausentarse el día de la firma del expediente disciplinario pueda justificar la suplencia, ya que "resulta ciertamente sorprendente que (...) se llegue a afirmar que quien tiene que adoptar una resolución de un expediente administrativo prevea que no lo va a poder hacer el día por él mismo señalado y, en consecuencia, exponga al Presidente del Gobierno la voluntad de no intervenir en la resolución, rechazando así, por su propia y sola voluntad, el ejercicio de la competencia que el ordenamiento jurídico le atribuye".

En definitiva, el Tribunal concluye que en el presente caso no concurrían los supuestos determinantes de una alteración de la competencia, vedada por lo dispuesto en el artículo 12.1 de la Ley 30/1992, que establece el carácter irrenunciable de la competencia que ha de ejercerse, precisamente, por los órganos que la tengan atribuida como propia, "ya que permite, como excepción, la posibilidad de la suplencia en los casos que regula el artículo 13 de la Ley 50/1997 del Gobierno, en concordancia con el 17 de la Ley 30/1992, mas solamente para los supuestos, específicamente previstos por la norma, de vacante, ausencia y enfermedad, en cuyos casos la suplencia del Ministro (...) será determinada por Real Decreto del Presidente del Gobierno". Es más, la suplencia no se puede acordar para un caso concreto sino que procede, por mandato de la Ley, para el despacho ordinario de todos los asuntos de la competencia del suplido, lo que en este caso tampoco se respetó puesto que la suplencia se acordó exclusivamente para dictar la resolución que había de poner fin a un único expediente disciplinario.

En consecuencia, se estima el recurso contencioso-administrativo y se declara la nulidad del acto recurrido por su disconformidad con el ordenamiento jurídico.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Autonomía local

a) Límites a la segregación de municipios. La inclusión de requisitos restrictivos a la segregación es una opción de política autonómica legítima y que no vulnera la autonomía local

La **STS de 25 de mayo de 2004,** Sala Tercera, Ar. 3538, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Comisión Promotora de Segregación y Creación del nuevo municipio de Fuente Carreteros contra la STSJ de Andalucía de 14 de enero de 2004 que desestimó el recurso contra la pretensión de constituir un municipio segregado de Fuente Palmera.

El recurso de casación se apoya fundamentalmente en la disconformidad a las normas internacionales y constitucionales del artículo 8 de la Ley 7/1993, de Demarcación Municipal de Andalucía, que regula la segregración de municipios. Este precepto contiene efectivamente una regulación de corte restrictivo, en la que se limita la segregación de municipios a la concurrencia de ciertos requisitos de población, de distancia respecto al núcleo más cercano, así como a la disponibilidad de recursos económicos y a una mejora en la calidad de la prestación de servicios.

El Tribunal Supremo afirma que esta regulación refleja una opción política del legislador autonómica que es acorde con el ordenamiento jurídico (artículos 149.1.18ª CE, 13.3 EAA y 13 LRBRL). Por un lado, el que sea diferente o más restrictiva que la regulación de otras Comunidades Autónomas no determina la existencia de una discriminación contraria al artículo 14 de la CE, sino que es consecuencia del legítimo ejercicio de competencias propias y que, lógicamente, en un Estado descentralizado, pueden dar lugar a una diversidad regulatoria.

Por otro lado, tampoco se vulnera la autonomía local, ya que sólo una vez constituido lícitamente un ente local puede hablarse de autonomía local. La segregación de municipios es un problema previo al de su autonomía. Es más, ni nuestra Constitución ni la Carta Europea de Autonomía Local de 1985 obligan a admitir la segregación de cualquier territorio por el mero hecho de que así lo deseen algunos de sus habitantes y con independencia de otras consideraciones como la dimensión del municipio resultante, sus recursos y su viabilidad.

b) Posibilidad de que las ordenanzas municipales tipifiquen infracciones y sanciones de acuerdo a la interpretación de dicho principio a la luz de la Carta Europea de Autonomía local de 15 de octubre de 1985

La **STS de 25 de mayo de 2004,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4036, estimó el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza frente a la STSJ de Aragón que

había declarado ilegales los artículos 57, 58 y 59 de la Ordenanza Municipal de dicho Ayuntamiento sobre Tenencia y Circulación de Animales de Compañía en respuesta a la cuestión de ilegalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Zaragoza.

Siguiendo la doctrina sentada por la STS de 29 de septiembre de 2003, que trata de armonizar la tensión que existe en nuestro ordenamiento entre el principio de autonomía local, interpretado a la luz de la Carta Europea de 15 de octubre de 1985, y la reserva de ley que establece el artículo 25.1 CE para la tipificación de infracciones y sanciones, la presente Sentencia señala que mediante ordenanza local, en cumplimiento de los artículos 55 y 59 TRRL, 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, respetando los principios de proporcionalidad y audiencia del interesado, así como ponderando la gravedad del ilícito y teniendo en cuenta las características del ente local.

No obstante lo anterior, y como se afirma con carácter previo en la Sentencia comentada, la litis planteada carece hoy de trascendencia pues a partir de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, se ha dado plena cobertura legal a la Ordenanza en cuestión por adecuarse esta a los artículos 139 a 141 de la misma. Así, su artículo 139 señala que los entes locales podrán en defecto de normativa sectorial específica establecer los tipos de infracciones e imponer sanciones para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de servicios, siempre que se respeten unas determinadas cuantías, circunstancias que se cumplen en el particular que nos ocupa donde no existe norma sectorial específica, se trata de proteger relaciones de convivencia de interés local, como son, la higiene ambiental, y la salud y seguridad de las personas en cuanto se ven afectados por la tenencia de animales domésticos, y las sanciones respetan las cuantías máximas establecidas.

B) Competencias y servicios locales

a) Prestación de servicios sociales: La no conformidad a Derecho de un Acuerdo municipal por el que se acordaba sufragar los gastos ocasionados a una familia por el fallecimiento de una vecina en enfrentamiento con la Guardia Civil

La **STS de 15 de abril de 2004,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2859, desestimó el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento del País Vasco frente a la STSJ de dicha Comunidad Autónoma, que había estimado parcialmente el recurso del Abogado del Estado contra un Acuerdo municipal por el que se acordaba sufragar los gastos ocasionados a una familia por el fallecimiento de una vecina en un enfrentamiento con la Guardia Civil.

La STS precisa que el apoyo otorgado a la familia de la difunta es un apoyo singular e individual, y no afecta a un conjunto de personas que puedan encontrarse en circunstancias que hagan necesaria una asistencia social similar. Como es sabido una característica de los servicios públicos es que se destinen a una pluralidad de personas que se encuentran en una situación en la que deban recibir el servicio, hecho que no se daba en el presente caso, y que dio lugar a la desestimación del recurso planteado.

b) La prestación del servicio público de limpieza viaria y de colegios y recogida de basuras por sociedad mercantil con capital íntegramente municipal no está sujeta al IVA hasta la promulgación de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre

La **STS de 23 de abril de 2004**, Ar. 5184, estima el recurso de casación interpuesto contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN, declarando la no sujeción al IVA de la prestación del servicio de recogida de basuras, limpieza viaria y de colegios, cuando dicho servicio público es prestado por una sociedad mercantil cuyo capital es íntegramente municipal. Esta Sentencia sigue la línea jurisprudencial de la STS de 22 de enero de 2004, Ar. 865, que comentamos en el número anterior de la Revista.

Considera el TS en su Sentencia que la prestación de un servicio público obligatorio, como es el de la limpieza viaria y de los colegios y de la recogida de basuras, a través de una empresa municipal, es una de las formas que puede presentar la "gestión directa" del mismo por el Ayuntamiento, y, en consecuencia, se está ante una prestación de servicios realizada "directamente" por la Corporación municipal no sujeta al IVA, sin que ello se oponga al artículo 4.5 de la Sexta Directiva, 77/388/CEE, pues, según las SSTJCEE de 11 de julio de 1985, 26 de marzo de 1987 y 17 de octubre de 1989, del análisis de tal precepto se extrae que deben cumplirse dos requisitos a un tiempo para que la norma de no imposición despliegue sus efectos, a saber, el ejercicio de actividades por parte de un organismo público, y el desarrollo de actividades en el ejercicio de sus funciones públicas, requisitos que concurren en el presente caso.

De todos modos esta materia ha quedado en parte carente de interés en cuanto que la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, ha corregido la extralimitación del artículo 8.9 del Reglamento del IVA, artículo considerado contrario a Derecho por la Sentencia que comentamos, por ignorar la diferenciación dicotómica de las sociedades mercantiles, según sea la participación de las Entidades Locales en el capital social de las mismas total o parcial, diferenciación que comporta un régimen distinto de prestación de los servicios públicos directo o indirecto, que el Reglamento no ha sabido distinguir al tratarlas por igual. En este sentido, la Ley 37/1992 señala: "Que los supuestos de no sujeción a que se refiere este número (las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas directamente por los entes públicos mediante contraprestación de naturaleza tributaria) no se aplicarán cuando los referidos entes actúen por medio de empresa pública, privada o mixta o, en general, de empresas mercantiles".

Por todo ello, hasta la promulgación de la citada Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, el artículo 5.6 de la Ley 30/1985, de 2 de agosto, permite conforme a nuestro

Derecho interno afirmar que una sociedad mercantil municipal participada 100 por ciento por el ayuntamiento, que presta un servicio público, lo hace como gestión directa de un organismo público, respetando en consecuencia así las prescripciones de la Sexta Directiva y no estando sujeta al IVA.

C) Organización municipal. Nulidad por falta de competencia del alcalde para acordar por Decreto la declaración de caducidad de una concesión administrativa que tenía por objeto la construcción y explotación de un estacionamiento subterráneo

La **STS de 24 de junio de 2004,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4985, desestima el recurso de casación interpuesto frente a la STSJ del País Vasco relativa a un Decreto de un Alcalde por el que se acordaba declarar la caducidad de una concesión administrativa que tenía por objeto la construcción y explotación de un estacionamiento subterráneo para vehículos destinados a residentes.

En la Sentencia se señala que el contrato de concesión fue adjudicado por un plazo de cincuenta años y bajo la vigencia del artículo 47.2.d) de la Ley 7/1985, que exigía la concurrencia de los votos favorables de las dos terceras partes, y en todo caso de la mayoría absoluta de los miembros de las corporaciones locales si se trataba de otorgar concesiones de bienes o servicios por plazo superior a cinco años e importe superior al 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto. Por ello, en el acuerdo de adjudicación se hizo constar expresamente que el Pleno municipal era el órgano competente para esa adjudicación, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 22.2.11) que reservaba al mismo todas las competencias cuyo ejercicio exigiese una mayoría especial. Con posterioridad se han modificado los límites competenciales del Pleno y del alcalde a raíz de la reforma operada por la Ley de 21 de abril de 1999, pero el apartado n) del nuevamente redactado artículo 22 sigue reservando en la actualidad al pleno del ayuntamiento las concesiones de duración plurianual superior a cuatro años

Luis Cesteros Dapena
Eva Desdentado Daroca
Miguel Sánchez Morón

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Sumario:

1. Concepto de sanción: no es sanción administrativa. 2. Principio de legalidad: reserva de ley y tipicidad. A) Prohibición de las interpretaciones analógicas y extensivas del tipo, pero admisión de las razonables conforme a los criterios aceptados por la comunidad jurídica. B) Flexibilidad de la reserva de ley en las relaciones de sujeción especial. C) Tipicidad: los "tipos de autor" son inconstitucionales. **3. La antijuridicidad.** A) Se presume por la comisión de la infracción. B) El ejercicio legítimo de un derecho como causa de justificación excluyente de la responsabilidad. **4. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad: exclusión por interpretación razonable, aunque errónea, de la norma. 5. Sujetos responsables: pluralidad de intervinientes en concepto de autor. 6. Concurrencia de infracciones frente a la prohibición de doble sanción.** A) Varios hechos y varias infracciones que, sin embargo, se sancionan conjuntamente. B) Varios hechos, varias infracciones: concurso real de infracciones. C) Infracción continuada. D) *Non bis in idem*: distinto fundamento jurídico de las sanciones disciplinarias. **7. *Non bis in idem*: vertiente procedimental. 8. Competencia sancionadora.** A) No es una exigencia constitucional la atribución de las fases de instrucción y resolución a órganos administrativos distintos. B) No afecta a la imparcialidad del órgano sancionador el obtener ingresos con las sanciones que impone. **9. Procedimiento administrativo sancionador.** A) Los defectos formales tienen relevancia invalidante si originan indefensión material. B) Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son compatibles con el deber del imputado de aportar los documentos fiscales requeridos por la Administración tributaria. C) Derecho a ser informado de la acusación: deben concretarse los cargos imputados. D) La notificación de la imputación por edictos, si fue posible realizarla en el domicilio, vulnera el derecho a ser informado de la acusación y es causa de nulidad de la sanción. E) No se tiene derecho a conocer la acusación en las actuacio-

nes previas. F) Notificar la iniciación del procedimiento sancionador al denunciante de la supuesta infracción no vulnera el derecho al honor del imputado.

G) Derecho a ser informado de la acusación. El pliego de cargos debe contener el hecho imputado y la propuesta de resolución su calificación jurídica. **10. En especial, prueba y presunción de inocencia.** A) La carga de la prueba de las causas que excluyen la culpabilidad recae sobre el imputado. B) Valor probatorio de las actas de inspección.

C) Un atestado policial sin ratificar no tiene valor de prueba en el proceso penal pero sí en el procedimiento sancionador. D) No es necesario garantizar la presencia e intervención activa del imputado en la práctica de las pruebas en el procedimiento disciplinario militar. Basta con otorgar la posibilidad de contradicción posterior.

E) La observación de la conducta por el mando sancionador constituye prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. F) Valor limitado de la prueba testifical. G) La libre valoración de la prueba entraña que se pueda conceder verosimilitud a uno solo de los testimonios contradictorios. H) El *in dubio pro reo* es una regla de aplicación excluida cuando el órgano decisor no duda al valorar las pruebas practicadas. **11. Caducidad del procedimiento sancionador.** A) *Dies a quo* del cómputo del plazo. Regla general. Especialidad en el procedimiento sancionador en materia de transportes por carretera. B) *Dies ad quem* del cómputo del plazo. Regla general: el día de la notificación de la resolución salvo regulación expresa en contrario. C) Suspensión del plazo de caducidad. **12. Resolución sancionadora.** A) Puede agravar la extensión de la sanción propuesta sin audiencia previa dentro del límite máximo previsto por el tipo infractor que se entienda cometido. B) No es indispensable que la firma del órgano sancionador sea autógrafa. Puede signarse estampando con un sello. **13. Extensión de la sanción.** A) Los criterios para la graduación de la sanción y el régimen de distribución de competencias. B) Distinción entre proporcionalidad e individualización de la sanción. C) Proporcionalidad. D) Graduación de la sanción: existe un margen de discrecionalidad administrativa. E) Firmeza de las sanciones a efectos de apreciar reincidencia. F) Circunstancias atenuantes: carácter abierto. G) Circunstancias atenuantes: aplicación analógica de las previstas en el Código Penal. H) Dilaciones indebidas: no son una circunstancia atenuante.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN: NO ES SANCIÓN ADMINISTRATIVA

– La suspensión de la autorización de explotación de máquinas recreativas por falta de pago de la tasa fiscal sobre el juego: **STS de 4 de mayo de 2004,** Sección Séptima, Ar. 3466.

– La pérdida de la condición de funcionario como consecuencia de la imposición de una pena de inhabilitación. La **STS de 2 de abril de 2004,** Sección Séptima, Ar. 2496, reitera que no constituye ni una sanción disciplinaria ni la ejecución por la Administración de los efectos administrativos de una condena penal, sino que la "pena de inhabilitación especial actúa, respecto de la subsistencia de la relación funcionarial, a modo de condición resolutoria, que opera automáticamente tan pronto como se produce el hecho determinante previsto en la Ley, que es la imposición de la sanción penal".

– Las conminaciones que, en el ejercicio de sus facultades de supervisión, dirige el Banco de España a los Administradores de un Banco intervenido, con el fin de que adopten las medidas necesarias para restablecer su situación patrimonial: **STS de 5 de mayo de 2004**, Ar. 3468.

– La exigencia a las empresas de seguridad privada de que constituyan una garantía "para el especial cobro de posibles sanciones", como un requisito para su autorización: **STS de 31 de marzo de 2004,** Sección Sexta, Ar. 1958.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Prohibición de las interpretaciones analógicas y extensivas del tipo, pero admisión de las razonables conforme a los criterios aceptados por la comunidad jurídica

En el período analizado, el TC se ha enfrentado en dos ocasiones a la corrección o no de la interpretación hecha por la Administración al incluir una determinada conducta en un concreto tipo, otorgando en ambas el amparo demandado:

– **STC 111/2004, de 12 de julio:** se sanciona a la propietaria de un vehículo por la infracción consistente en no identificar al conductor responsable de la infracción, a pesar de haber indicado el nombre, apellidos y domicilio de éste, pero no el número del permiso de conducir de esa persona. La sentencia estima que la identificación que efectuó la sancionada parece "congruente con el deber de identificar a una persona impuesto en la Ley de Seguridad Vial" y que se está ante "una aplicación extensiva o analógica de la norma sancionadora, con la consecuente falta de un fundamento jurídico cognoscible para la sanción".

– **STC 138/2004, de 13 de septiembre**: se sanciona a un recluso por la infracción consistente en coacción contra autoridad o funcionario. El hecho que originó dicha sanción fue

el haber dirigido una carta al Director del centro penitenciario en la que le comunicaba su intención de llevar a cabo una huelga de hambre. La sentencia, al igual que el recurrente, entiende que el tipo requiere de una violencia o intimidación grave que aquí no concurre, por lo que concluye que se ha producido una "aplicación del tipo sancionador a un supuesto de hecho manifiestamente ajeno al sentido de los elementos que integran aquél (...) Se produce una interpretación extensiva y totalmente desorbitada del tipo sancionador".

Con carácter general, la **STC 111/2004, de 12 de julio**, y en términos parecidos, la **STC 138/2004,** argumentan:

> "Por lo que a la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras se refiere, ésta depende tanto del respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como de su previsibilidad (...), que conlleva la evitación de resoluciones que impidan a los ciudadanos 'programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente'. Concretamente, la previsibilidad de tales decisiones debe ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. De este modo (...), no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada; son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios."

En este contexto, podríamos añadir que poco importa que las conductas que la Administración intenta encuadrar en un concreto tipo, con una interpretación no ajustada a estas reglas, sean reprochables. Así, la **STS de 17 de marzo de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 2122, sostiene que pese a la reprochabilidad de la conducta (un Guardia Civil presenta un documento acreditativo de su alta médica para retirarlo inmediatamente al conocer que tenía nombrado un servicio en un Centro Penitenciario, presentando al día siguiente un parte de confirmación de baja), ésta no es típica, por cuanto en tal actuación –de carácter interno– no puede apreciarse la posibilidad de producir el resultado de descrédito o menosprecio de la Institución que exige el tipo. *Vid.*, también, la **STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2003**, Ar 445.

Finalmente, una de esas interpretaciones razonables y sistemáticas del tipo que admite el TC se puede encontrar en la **STS de 31 de marzo de 2004,** Sección Tercera, Ar. 1960. La entidad *Transwold Financial Services, SL*, es sancionada por la comisión de una infracción muy grave de la Ley del Mercado de Valores. Esta entidad considera que se ha vulnerado el principio de legalidad por cuanto los contratos de futuros y opciones –a cuya intermediación se dedicaba– no quedaban comprendidos en el ámbito de la Ley del Mercado de

Valores. Por el contrario, la Sala estima que una interpretación sistemática de la Ley del Mercado de Valores lleva a otra conclusión:

> "Así, cuando el artículo 2 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, establece que quedan comprendidos en su ámbito 'los valores negociables emitidos por personas o entidades, públicas o privadas, y agrupados en emisiones' hay que interpretarlo de forma sistemática y en relación con lo dispuesto en el artículo 3, igualmente delimitador del ámbito de la Ley, que señala que 'las disposiciones de la presente Ley serán de aplicación a todos los valores cuya emisión, negociación o comercialización tenga lugar en el territorio nacional'. A la vista de ambos preceptos no hay razón alguna para primar la referencia a la 'emisión' de los valores incluida en el primero de ambos artículos, frente a la expresa referencia del artículo 3 a que la Ley resulta aplicable a todo valor 'cuya emisión, negociación o comercialización tenga lugar en España, en tanto que operaciones distintas y todas ellas determinantes de su sujeción a la Ley'."

Y concluye: "Todo ello evidencia la pretensión omnicomprensiva de la Ley, con independencia de su mayor o menor acierto técnico en la redacción".

B) Flexibilidad de la reserva de ley en las relaciones de sujeción especial

La **STS de 26 de abril de 2004,** Sección Séptima, Ar. 2783, resuelve una cuestión de ilegalidad contra uno de las infracciones graves establecidas en el Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía de 1989. En el centro del debate se sitúa el hecho de que la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al regular el régimen disciplinario de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, tipifica específicamente sólo las faltas muy graves, y añade que las faltas graves y leves se determinarán reglamentariamente de conformidad con una serie de criterios que ella recoge. La Sala, recuerda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional conforme a la que "el alcance de la reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material en el seno de las relaciones de sujeción especial, en el que la potestad sancionadora no es la expresión del *ius puniendi* genérico del Estado, sino manifestación de la capacidad propia de autoordenación correspondiente" y que, por ello, "la base normativa legal de la tipificación de las infracciones y establecimiento de las sanciones también existiría, cuando la Ley (...) se remita, en la especificación y gradación de las infracciones al Reglamento, lo que permite reconocer la existencia de la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma con rango de Ley". Con estos argumentos, la Sala concluye que:

> "En el ámbito de unas relaciones de sujeción especial de singular intensidad (como califica a las de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía) basta para que el principio de legalidad (...) se considere respetado (...), que el precepto reglamentario tenga su apoyo en la Ley, aunque el precepto de Ley formal no defina específicamente el tipo de la infracción disciplinaria."

C) Tipicidad: los "tipos de autor" son inconstitucionales

Así lo reitera la **STS de 13 de abril de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 2451, a propósito del art. 9.9 de la Ley del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil que tipifica como falta muy grave "realizar conductas contrarias a la dignidad, al servicio o a la disciplina de la Guardia Civil". La Sala, siguiendo la jurisprudencia constitucional, concluye que no cabe configurar tal precepto como un tipo de autor, "de suerte que lo que ha de juzgarse son conductas externas vulneradoras del bien jurídico de la dignidad, el servicio o la disciplina, pero no una forma de actuar, por muy reprobable que ésta fuera". Razonamiento que le sirve para anular la sanción impuesta a un Guardia Civil por esta infracción, sobre la base de un cúmulo de irregularidades e infracciones leves (que ni siquiera fueron sancionadas en su momento).

3. LA ANTIJURIDICIDAD

A) Se presume por la comisión de la infracción

Frente a la consideración, mantenida por cierta jurisprudencia, de que la conducta sancionada debe haber podido "causar un daño potencial o real" como elemento definitorio del ilícito administrativo, considera la **STSJ de Madrid de 16 de julio de 2002**, Ar. 379 de 2004, que "dicha potencialidad dañosa, como elemento conceptual integrante de la infracción administrativa, resulta predicable en abstracto de todo comportamiento ilícito, y no configura un elemento concreto que haya de apreciarse y acreditarse en cada acción infractora, toda vez que la vulneración o lesión del bien jurídico protegido por las normas sancionadoras se presume producida por el simple hecho de la comisión de la infracción".

B) El ejercicio legítimo de un derecho como causa de justificación excluyente de la responsabilidad

El Teniente Coronel Jefe de la Plana mayor del Grupo de Regulares de Melilla ordena la cumplimentación de una determinada ficha, al objeto de mantener actualizada la Base de Datos de Personal. En esa ficha, junto a los datos del personal militar, se incluyen también el nombre y apellidos de la esposa, su NIF, su fecha de nacimiento y de santoral. El Teniente Sergio dejó sin consignar los datos de su esposa, significando que, por parte de la misma, se le había comunicado su deseo de que no constase en los documentos de su trabajo. A dicho teniente se le sanciona por el incumplimiento de una orden de servicio. Sin perjuicio de alguna ambigüedad a la hora de calificar como "ilegítima" la orden, la **STS de 31 de marzo de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 2050, concluye que "el incumplimiento de la orden citada por el Teniente Sergio, en lo referente a proporcionar los datos que se interesaban sobre su esposa, tenía el amparo constitucional otorgado por la Ley de Protección de Datos 5/1992 y por la interpretación verificada por el Tribunal Constitucional del art. 18 CE, además de que los apartados específicos no cumplimentados sobre dichos datos no eran obviamente relativos al servicio ni afectaban al mismo".

4. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD: EXCLUSIÓN POR INTERPRETACIÓN RAZONABLE, AUNQUE ERRÓNEA, DE LA NORMA

El Ayuntamiento de Bilbao sanciona a FEVE por la falta de presentación de alta en el Impuesto Municipal sobre Radicación y por la falta de ingreso de la deuda tributaria. Por el contrario, la **STS de 10 de marzo de 2004,** Sección Segunda, Ar. 2437, reconoce "la existencia de más de una duda razonable sobre aspectos esenciales del Impuesto e, incluso, sobre su sujeción, en relación con entidades y actividades ferroviarias", por lo que mantiene la anulación de la sanción. Más aun, añade: "Y prueba de que el asunto objeto de controversia es una materia controvertida (sic) y difícil es que el Ayuntamiento de Bilbao, pudiendo haberlo hecho mucho antes, no se ha decidido a considerar que FEVE estaba sujeta al Impuesto sobre la Radicación hasta la práctica de la liquidación aquí cuestionada".

Fuera del ámbito tributario, destaca la **STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de abril de 2004**, Ar 480. En desarrollo de la Ley sobre Normas Reguladoras de las Cajas de Ahorro de Castilla-La Mancha, fue aprobado el Reglamento Regulador del Procedimiento de Designación y Elección de los Miembros de los Órganos de Gobierno de la Caja de Ahorros Provincial de Guadalajara. Este Reglamento parecía apartarse y contradecir en varios puntos el texto legal, lo que propició que la Comisión Electoral de la Caja de Ahorros adoptase varios acuerdos que fueron sancionados por la Administración como "irregularidades en los procesos electorales para la elección y designación de los órganos de gobierno". Frente a dichas sanciones, la Sala sostiene que "es totalmente impensable la concurrencia de infracción alguna en tales condiciones, pues, como mínimo, no es posible dar por acreditado que concurra, en el actuar de los imputados, el elemento de la culpabilidad exigido para la concurrencia de cualquier infracción penal [sic], a la vista de que actuaron bajo la cobertura de un Reglamento dictado en un determinado sentido por la propia Administración que sanciona". Y añade que "en el caso de autos concurren elementos objetivos sobrados para admitir que en efecto lo que hubo fue una discrepancia interpretativa fundada no en meras imaginaciones, elucubraciones o sofismas jurídicos insostenibles, sino en elementos normativos reales que inducían a error reconocidos y enmendados por la propia Administración (...) Desde luego lo que no es posible es que la Administración sancione por la comisión de una infracción a quien aplica un Reglamento aprobado por la propia Administración y vigente".

5. SUJETOS RESPONSABLES: PLURALIDAD DE INTERVINIENTES EN CONCEPTO DE AUTOR

Dos sujetos habían sido sancionados por la Diputación Foral de Vizcaya por haber demolido dos casas del casco histórico de la ciudad y después ejecutado obras, sin la autorización de esta Administración que era necesaria por tratarse de bienes del Patrimonio Histórico. Alegan los sancionados que ellos habían permutado los dos solares de las casas con una entidad mercantil, que se obligó como contraprestación a entregar determinadas viviendas, plazas de garaje y superficie de planta baja del edificio que se comprometió a

construir en dichos solares y que por tanto no hay razón para imponerles una sanción como ejecutores de unas obras que no han realizado materialmente y que se han llevado a cabo en un solar que, cuando se verificaron tales obras, no era de su propiedad. No obstante, la **STS de 23 de febrero de 2004,** Sección Séptima, Ar. 1745, advierte que también hay que tener en cuenta que la licencia municipal de obras fue solicitada por los recurrentes y concedida a su favor antes de la permuta y que la Diputación denegó la autorización también antes de la transacción, por lo que "estos actos de los recurrentes en la instancia ponen de manifiesto que participaron en concepto de autores en las infracciones por las que han sido sancionados, con conocimiento de la denegación de la autorización acordada por la Diputación Foral, sin perjuicio de las responsabilidades que serían exigibles a (la entidad mercantil)". Esta participación queda clara a juicio de la Sala, cuando insiste en que la denegación de la autorización por la Diputación "no fue obstáculo para que los recurrentes continuasen adelante con el proyecto para el que habían obtenido la licencia, eligiendo ejecutarlo mediante la permuta (...), que en el expediente sancionador no consta que alegasen como causa de exclusión de su responsabilidad".

6. CONCURRENCIA DE INFRACCIONES FRENTE A LA PROHIBICIÓN DE DOBLE SANCIÓN

A) Varios hechos y varias infracciones que, sin embargo, se sancionan conjuntamente

Se acredita la realización por un Guardia Civil de actividades empresariales con trabajadores del campo sin el cumplimiento de la normativa vigente, carentes de transparencia, subrepticiamente, con incumplimiento no sólo de la regulación en materia de incompatibilidades, sino, muy especialmente, de los requisitos de las normas mercantiles, laborales y fiscales. Además, también se acreditan acciones dirigidas a tratar de provocar decisiones contrarias a derecho, influyendo en un superior u otros miembros del Cuerpo para que, incumpliendo sus deberes, favoreciesen a personas presuntamente delincuentes o amparasen conductas contrarias a la Ley. Por todo ello, se le impuso una sanción de un año de suspensión de empleo por falta muy grave consistente en observar una conducta gravemente contraria a la disciplina, al servicio o a la dignidad de la institución. La **STS de 18 de marzo de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 2281, afirma que "entre los dos grupos de acciones, no existe una homogeneidad objetiva y material, por lo que su depuración pudo ser objeto de instrucción independiente, en cuanto no están interrelacionadas las conductas; pero la homogeneidad exigible sí la ostentan, al constituir actos graves contrarios, primordialmente a la dignidad en ambos casos y a la disciplina así como al servicio especialmente en el segundo (...). En este sentido, su análisis conjunto es jurídicamente admisible".

En la misma línea, la **STS de 2 de abril de 2004,** Sección Tercera, Ar. 1855, relata, sin poner reparo jurídico alguno, que la resolución impugnada le impuso al actor una sola sanción por cada informe de auditoría que emitió (tres informes, tres sanciones), pese a que la Administración achacaba una doble infracción grave a cada uno de los infor-

mes (por un lado, el incumplimiento de diversas previsiones de las Normas Técnicas de Auditoría; y por otro, estar el auditor incurso en una de las causas de incompatibilidad fijadas por la Ley). Más aun, cada una de las sanciones se impuso en su tramo mínimo (la sanción posible era hasta cinco años de baja temporal en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, y se le impusieron tres sanciones de un año de baja).

La admisión de estas resoluciones sancionadoras pone en tela de juicio el carácter reglado, al menos en beneficio del presunto infractor, del ejercicio de la potestad sancionadora, además de dejar sin respuesta sancionadora buena parte de la reprochabilidad de la conducta.

B) Varios hechos, varias infracciones: concurso real de infracciones

STS de 3 de mayo de 2004, Sección Quinta, Ar. 2876. Se sanciona al técnico director de unas obras de construcción con dos sanciones, una de 100 millones y otra de más de 16 millones de pesetas, por no contar la obra de la preceptiva licencia municipal y tratarse de suelo no urbanizable. Ambas sanciones se referían a la misma urbanización. El recurrente alega que se le tenía que haber impuesto una única sanción, pero la Sala mantiene que "se han impuesto dos sanciones distintas en atención a que el recurrente elaboró dos proyectos técnicos diferentes, y el hecho de que ambos proyectos se refieran a edificios situados en la misma urbanización no determina (...) la imposición de una sola sanción".

C) Infracción continuada

Se detectan inexactitudes –en concreto, falta de veracidad en las mediciones– en 24 de los proyectos suscritos por un arquitecto y visados por el Colegio Profesional en un concreto año. Se le impone una sola sanción, aunque en su grado máximo (**STS de 25 de febrero de 2004,** Sección Tercera, Ar. 1897).

D) *Non bis in idem:* distinto fundamento jurídico de las sanciones disciplinarias

– Un guardia civil, bajo los efectos del alcohol, colisiona con un ciclomotor cuyo conductor sufrió lesiones graves y se da a la fuga. Por ello, le fue impuesta una sanción disciplinaria por la comisión de la falta leve consistente en "realizar actos contrarios a la dignidad exigible a todo miembro de la Institución". Posteriormente, fue condenado como consecuencia de la misma conducta por sentencia judicial penal firme como autor de un delito de omisión del deber de socorro a pena privativa de libertad. A causa de ello, le fue impuesta sanción disciplinaria de separación del servicio por la comisión de una falta muy grave consistente en "haber sido condenado por sentencia firme por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la privación de libertad".

El sancionado recurre en amparo contra esta segunda sanción disciplinaria, por vulneración del *non bis in idem*, al considerar que ya se le impuso una sanción disciplinaria por los mismos hechos. La **STC 180/2004, de 2 de noviembre,** examina si existe la triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos. El fundamento de la primera sanción administrativa es la dignidad de la Institución de la Guardia Civil. En la segunda sanción

administrativa, "sin negar que ese valor esté comprometido (...) no es el único ni el prevalente". "Lo que resulta afectado en este caso es el interés legítimo de la Administración en su conjunto de servir con objetividad los intereses generales (...). Tarea propia de la Guardia Civil es, entre otras, la averiguación de los delitos y la persecución de los delicuentes para ponerlos a disposición judicial (...). La eficacia de este servicio se vería perjudicada si a los encargados de llevarlo a cabo se les pudiera imputar la perpetración de aquellos mismos actos que, en interés de toda la sociedad, tienen como misión impedir (...) La irreprochabilidad penal de quienes ejercen funciones policiales es un interés legítimo de la Administración, diferenciado de la dignidad predicable de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, por lo que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no se infringe el principio *ne bis in idem*".

– Un policía es sancionado con la separación del servicio por haber sido condenado por el delito doloso de hurto. Manteniendo su línea jurisprudencial, la **STS de 16 de febrero de 2004,** Sección Séptima, Ar. 1879, argumenta que "el interés jurídicamente protegido por la sanción penal y el tutelado por la sanción administrativa son distintos. En el primer caso, delito de hurto, se castiga el atentado contra el derecho de propiedad. En el segundo, separación del servicios por una conducta constitutiva de delito doloso, se sanciona la gravísima vulneración del correcto funcionamiento de la Administración y de los servicios policiales". Y añade que "la aplicación por la sentencia penal de la pena accesoria de suspensión de cargo público y la apreciación de la circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público del culpable no alteran el interés jurídico protegido por el tipo penal, por lo que son circunstancias que carecen de eficacia para estimar la concurrencia del principio *non bis in idem*". No obstante, debemos recordar que circunstancias próximas a la última de las enumeradas –quizás no cuando operan como agravante, pero sí cuando forman parte del propio tipo penal– han llevado al Tribunal Supremo a apreciar la concurrencia de la prohibición del doble castigo. Los mismos argumentos utiliza la **STS de 22 de junio de 2004,** Sección Séptima, Ar. 3864, ante la misma sanción disciplinaria, en este caso, a un policía condenado penalmente por un delito contra la libertad sexual.

7. *NON BIS IN IDEM:* VERTIENTE PROCEDIMENTAL

La Comisión Nacional del Mercado de Valores inició expediente sancionador contra dos sociedades por realizar prácticas tendentes a falsear la libre formación de precios. Las expedientadas solicitaron la suspensión del procedimiento sancionador por entender que los mismos hechos estaban siendo conocidos por la jurisdicción penal, pero la CNMV rechazó tal solicitud. La **STS de 10 de febrero de 2004,** Sección Tercera, Ar. 1918, explica que el principio de preferencia del orden jurisdiccional penal "se basa en la necesidad de fijar con los poderes y medios del proceso penal, y dentro de este proceso, todo lo que condicione las responsabilidades criminales que en el devenir de la investigación penal se vayan desvelando. La Ley quiere evitar que fuera del proceso penal puedan producirse actuaciones administrativas susceptibles de interferir o dificultar la finalidad del proceso penal. Si el Juez Penal tuviese que partir de premisas fijadas por la Administración o por

otro Juez sometido al principio dispositivo, la finalidad del proceso penal, determinada por la naturaleza del derecho que actúa, quedaría desvirtuada". Sobre esta base, la Sala concluye que procedía la suspensión sin necesidad de concurrencia de la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Sólo es necesaria la identidad del hecho –así lo prevé la normativa sectorial– y, según se deduce de la sentencia, ni siquiera ésta puesto que basta con que el hecho sancionable, aun siendo distinto del punible, resulte racionalmente inseparable de éste. Sin embargo, en el caso enjuiciado, la sentencia no entiende procedente anular la sanción impuesta porque el proceso penal ya había concluido sin declaración de hechos probados, lo que "priva de sentido a una hipotética nulidad del acto administrativo originariamente impugnado" y supone una constatación de "que no se ha producido una vulneración efectiva y material del principio de *non bis in idem* ni en su vertiente subjetiva de doble sanción, ni en la objetiva de que la actividad administrativa sancionadora hubiera podido prejuzgar o incluso perturbar de algún modo el conocimiento penal de los hechos".

8. COMPETENCIA SANCIONADORA

A) No es una exigencia constitucional la atribución de las fases de instrucción y resolución a órganos administrativos distintos

Lo recuerdan la **STS de 18 de febrero de 2004,** Sección Segunda, Ar. 2228, y la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), de 20 de noviembre de 2003**, Ar 191 de 2004.

B) No afecta a la imparcialidad del órgano sancionador el obtener ingresos con las sanciones que impone

Lo afirma la **STSJ de Madrid de 16 de julio de 2002**, Ar 379 de 2004, en relación con la Agencia de Protección de Datos. Señala la sentencia que lo obtenido con las sanciones no incrementa el presupuesto de la Agencia, "dado que dicho presupuesto es fijado en los Presupuestos Generales del Estado (...), de acuerdo con las necesidades del organismo y demás principios presupuestarios. Las multas, en su caso, tan sólo constituirían uno de los medios económicos con que cuenta para el ejercicio de sus funciones (...), lo que no significa que su importe acreciente su patrimonio o sus recursos, sino simplemente la afección de tales sumas a un fin concreto". "Ciertamente, de aceptar la tesis de la actora, todos los órganos estatales adolecen de idéntico defecto, en cuanto, directa o indirectamente, participan de los ingresos del Estado por causa de la imposición de sanciones económicas".

9. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Los defectos formales tienen relevancia invalidante si originan indefensión material

Lo recuerda la **STSJ de Madrid de 16 de enero de 2004**, Ar 459.

B) Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son compatibles con el deber del imputado de aportar los documentos fiscales requeridos por la Administración tributaria

Lo afirma la **STS de 4 de marzo de 2004,** Sección Segunda, Ar. 2116, con base en la jurisprudencia constitucional:

> "La garantía de la no autoincriminación del art. 24.2 de la Constitución no alcanza sin embargo a integrar (...) la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo (...) cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias tales como la identificación y reconocimiento de un imputado, la entrada y registro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia (...). Tal pretendido derecho haría virtualmente imposible la labor de comprobación de la veracidad de las declaraciones de los contribuyentes a la Hacienda Pública (...). Cuando el contribuyente aporta o exhibe los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad, ni emite una declaración admitiendo su culpabilidad."

C) Derecho a ser informado de la acusación: deben concretarse los cargos imputados

Según la **STS de 1 de marzo de 2004,** Sección Séptima, Ar. 2402, "es imprescindible que los correspondientes cargos vengan consignados con suficiente concreción, pues la determinación del cargo ha de ser específicamente detallada, con abundantes razonamientos al respecto".

D) La notificación de la imputación por edictos, si fue posible realizarla en el domicilio, vulnera el derecho a ser informado de la acusación y es causa de nulidad de la sanción

Lo afirma la **STC 145/2004, de 13 de septiembre**, recurso de amparo, que enjuicia un supuesto idéntico al de la STC 54/2003, de 24 de marzo, de la que dimos cuenta en *JA*, núm. 20.VII.8.E). A la empresa titular del vehículo con el que se cometió una infracción de tráfico se le intentó notificar diversas actuaciones (el requerimiento para que cumpliese con su deber de identificar al conductor, el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador iniciado en su contra por no identificarlo y la resolución sancionadora) en su domicilio social anterior, a pesar de que su domicilio actual era conocido por el Ayuntamiento –la empresa le había notificado el cambio–, por la Jefatura Provincial de Tráfico y figuraba, además, inscrito en el Registro Mercantil. Al resultar estos intentos de notificación infructuosos, se procedió a la notificación por edictos. El TC concluye que es posible realizar la notificación personal si la Administración conocía el domicilio del imputado o éste era identificable a partir de los datos que obraban o podían deducirse del expediente.

E) No se tiene derecho a conocer la acusación en las actuaciones previas

Insiste la **STSJ de Aragón de 28 de julio de 2003**, Ar 229, en que no es causa de nulidad que "la denuncia así como otra serie de documentos no se pusiera en conocimiento de la actora antes de iniciarse el proceso sancionador" pues "es claro que las actuaciones iniciadas con anterioridad a su incoación no forman parte del mismo, al tratarse de una investigación o averiguación de circunstancias de las que se extraiga la necesidad de su iniciación".

F) Notificar la iniciación del procedimiento sancionador al denunciante de la supuesta infracción no vulnera el derecho al honor del imputado

Inaceptable es, según la **STSJ de Madrid de 16 de julio de 2002**, Ar 379, pretender lo contrario, pues "la notificación de la incoación del procedimiento constituye una respuesta a la reclamación o denuncia del afectado (...) y no supone la difusión de dato alguno susceptible de comprometer el prestigio o la fama de la entidad imputada, sino la mera indicación de la consecuencia administrativa inmediata provocada por la denuncia, esto es, la apertura del procedimiento".

G) Derecho a ser informado de la acusación. El pliego de cargos debe contener el hecho imputado y la propuesta de resolución su calificación jurídica

La **STS de 3 de mayo de 2004,** Sección Quinta, Ar. 2876, explica que "la finalidad primordial del pliego de cargos es la de informar sobre los hechos imputados y no sobre la calificación jurídica que a aquéllos corresponde, y esa finalidad se cumple sobradamente en el pliego de cargos formulado a la parte recurrente en el que se relatan los hechos, después calificados en la propuesta de resolución".

10. EN ESPECIAL, PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) La carga de la prueba de las causas que excluyen la culpabilidad recae sobre el imputado

Lo establece, en el ámbito tributario sancionador, la **STS de 4 de marzo de 2004,** Sección Segunda, Ar. 2116:

> "si bien es cierto que la falta de prueba de cargo perjudica a la Administración, no lo es menos que, una vez obtenida ésta, la falta de prueba de descargo perjudicará al administrado sujeto al expediente sancionador. Pero es perfectamente posible que pueda evidenciarse dicha culpabilidad y, ello no obstante, por la concurrencia de circunstancias eximentes de la responsabilidad se vea el administrado en la tesitura de tener que afrontar la carga de la prueba de tales circunstancias si no quiere ser sancionado. En estos casos, a fin de evitarse la sanción pese a que la presunción de inocencia haya conseguido ser desvirtuada, corresponderá al administrado la carga de acreditar aquellos elementos de descargo que, por no haber sido apreciados de oficio, conlleven una declaración de no exigencia de responsabilidad administrativa (...). No es cierto que sea la Administración la que debe probar la

culpabilidad de la conducta de la entidad recurrente: sobre la Administración recae la carga de la prueba de acreditar la falta de ingreso en plazo (elemento objetivo de la infracción) y es a la parte recurrente a la que le correspondía haber acreditado que dicha omisión se justificaba por alguna causa de exclusión de la culpabilidad (error invencible, defectuosa redacción de la norma, dudas en su interpretación etc.)".

En la misma línea, insiste la **STS de 19 de abril de 2004**, Sala de lo Militar, Ar. 2503, en que la presunción de inocencia extiende su ámbito "sólo a la existencia del hecho y a la participación en el mismo del imputado". Sin embargo, la **STS de 13 de abril de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 2451, afirma que "toda persona tiene derecho a no ser sancionada a menos que su culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable". Y la **STSJ de Extremadura de 15 de diciembre de 2003**, Ar 334 de 2004, explica que "para que la presunción constitucional [de inocencia] quede desvirtuada será necesario la concurrencia de una prueba suficiente y razonablemente concluyente de la culpabilidad del imputado".

B) Valor probatorio de las actas de inspección

La jurisprudencia menor sigue otorgando a las actas de inspección presunción de certeza pese a la dudosa compatibilidad existente entre esta fuerza probatoria privilegiada y la presunción de inocencia del imputado y aunque no sea éste el valor que atribuye a tales documentos el art. 137.3 de la Ley 30/1992 **(SSTSJ de Madrid de 11 y 14 de marzo de 2003, y de 16 de enero de 2004**, Ar. 438 y 439 de 2004, y 459, y **de Extremadura de 15 de diciembre de 2003**, Ar. 334 de 2004).

C) Un atestado policial sin ratificar no tiene valor de prueba en el proceso penal pero sí en el procedimiento sancionador

La **STS de 25 de marzo de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 2444, resume la doctrina constitucional sobre el valor probatorio de los atestados policiales en los procesos penales: "sólo puede concederse al atestado valor de auténtico elemento probatorio si es reiterado y ratificado en el Juicio oral, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes de policía firmantes del mismo. En consecuencia, vulnera el derecho a la presunción de inocencia la Sentencia condenatoria que se dicte sobre la única base del Atestado policial no ratificado". No obstante, no considera aplicable esta doctrina en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, donde "la actividad desplegada para comprobar los hechos tiene necesariamente naturaleza administrativa de la que participan los atestados policiales". Por lo que "no se les puede negar a éstos la calidad de ser una de las posibles pruebas a valorar libremente por el órgano que debe resolver que puede apoyarse en ellas para formar su convicción de que procede sancionar siempre que se haya ofrecido al interesado la posibilidad de contradecir su contenido". En consecuencia, el TS resuelve que "el Atestado de la Policía Municipal debió valorarse por el Tribunal Sentenciador en relación con los demás medios probatorios y, al no hacerse así [por no haber sido ratificado a lo largo del expediente disciplinario militar], se impone la revocación de la Sentencia".

Se entiende vulnerado el derecho fundamental de la Administración a una valoración racional y razonada de las pruebas practicadas, por haberse excluido de la valoración una prueba que era válida. Se acuerda la retroacción de las actuaciones al momento anterior, debiendo la Sala dictar una nueva sentencia en la que tenga en cuenta, además de las pruebas ya valoradas, el atestado policial.

D) No es necesario garantizar la presencia e intervención activa del imputado en la práctica de las pruebas en el procedimiento disciplinario militar. Basta con otorgar la posibilidad de contradicción posterior

Alega el sancionado la nulidad del expediente disciplinario porque las pruebas se habían realizado sin habérsele informado de las mismas y sin permitírsele intervenir en las declaraciones testificales. La **STS de 18 de marzo de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 2281, sobre la base de la normativa disciplinaria sectorial aplicable, sostiene que "en sede disciplinaria, (...), habida cuenta de que en este procedimiento administrativo no existen partes en un sentido jurídico procesal, el Instructor sólo debe guiar su tramitación por los principios de objetividad, eficacia y, ciertamente, pleno respeto a las garantías del inculpado que, en todo momento, tendrá acceso a las actuaciones para su conocimiento y posterior contradicción cuando preste declaración y cuando se le notifique el pliego de cargos y en otras declaraciones posteriores, pero sin que pueda exigir su participación confrontativa, en defensa de sus pretensiones, en todos los momentos de la instrucción, en el desarrollo concreto de las pruebas testificales o en cualesquiera otras".

E) La observación de la conducta por el mando sancionador constituye prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia

Lo afirma la **STS de 19 de abril de 2004**, Sala de lo Militar, Ar. 2503.

F) Valor limitado de la prueba testifical

La **STS de 13 de abril de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 2451, reitera la jurisprudencia constitucional según la cual "cuando la única prueba es la de un testigo (el denunciante), salvo excepciones (delitos sexuales, entre otros), su consideración como prueba de cargo exige, con carácter positivo, que su declaración aparezca corroborada por otras pruebas". Esto lleva al TS a declarar no probados ciertos hechos cuyo único soporte probatorio era la declaración del denunciante.

G) La libre valoración de la prueba entraña que se pueda conceder verosimilitud a uno solo de los testimonios contradictorios

STS de 30 de marzo de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 2445: "la contradicción entre unas declaraciones y otras no hace que todas sean inatendibles, ya que corresponde al (...) (órgano decisor) emitir el juicio crítico correspondiente sobre esa cualidad, de suerte que puede considerar atendibles unas y no las demás".

H) El *in dubio pro reo* es una regla de aplicación excluida cuando el órgano decisor no duda al valorar las pruebas practicadas

Además no es utilizable en casación sino sólo en la instancia (**STS de 19 de abril de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 2503).

11. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) *Dies a quo* del cómputo del plazo. Regla general. Especialidad en el procedimiento sancionador en materia de transportes por carretera

Regla general: el día en el que se adopte el acuerdo de incoación. Lo asegura la **STS de 2 de marzo de 2004,** Sección Quinta, Ar. 2493. "En relación con la determinación de la fecha del inicio del cómputo (...) es la fecha de incoación de expediente". El Tribunal rechaza otras fechas tales como la del registro de salida del acuerdo de iniciación o la de la recepción o notificación del mismo. "En relación (...) con la necesidad de que dicho acuerdo [de incoación] fuere notificado al inculpado (...) para que desde tal fecha de notificación comenzare a correr el plazo de un año establecido para la resolución del expediente, la respuesta debe ser negativa". No procede, según el TS, lo pretendido por la Administración del Estado, que es la recurrente en casación, "pues el contenido del acuerdo de incoación de un procedimiento sancionador lo que impone es la eficacia inmediata, sin quedar la misma demorada a la notificación al inculpado. Así como los plazos de prescripción de las infracciones se interrumpen por la iniciación del procedimiento sancionador con conocimiento del interesado, sin embargo tal exigencia no se requiere cuando el plazo de que se trata es el de caducidad del procedimiento".

La **STS de 4 de junio de 2004,** Sección Tercera, Ar. 3879, dispone que en los procedimientos sancionadores de transporte terrestre –al igual que en los de tráfico– el día de la denuncia efectuada con todas las garantías y notificada en el acto es el *dies a quo* para el cómputo de la caducidad del procedimiento, incluso en el caso que no exista identidad entre el conductor del vehículo que comete materialmente la infracción y el sujeto responsable de la misma –que en el caso de autos era la empresa de transportes titular de la autorización–.

B) *Dies ad quem* del cómputo del plazo. Regla general: el día de la notificación de la resolución salvo regulación expresa en contrario

La **STS de 2 de abril de 2004,** Sección Tercera, Ar. 1855, afirma que "aunque (...) como principio general hay que entender –muy especialmente tras la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero– que la notificación [de la resolución sancionadora] se debe producir dentro del plazo otorgado a cada procedimiento administrativo (arts. 42 y 58.4 de la Ley 30/1992), dicha regla debe ceder ante una regulación legal específica que establezca una previsión distinta". Lo curioso es que para esta sentencia hay una "regulación

legal específica" en el Real Decreto 1398/1993, por el que se aprueba el reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Realizando una interpretación estrictamente literal de su art. 20.6 llega a la conclusión de que basta que recaiga resolución en el plazo aunque la notificación se produzca posteriormente.

C) Suspensión del plazo de caducidad

– Cuando deban solicitarse informes que sean perceptivos y determinantes del contenido de la resolución, es necesario notificar al imputado la petición del informe para poder acordar la suspensión. Aclara la **STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de abril de 2004**, Ar. 480, que para que la causa de suspensión del art. 42.5.c) de la Ley 30/1992 resulte aplicable en el procedimiento sancionador no es suficiente la mera solicitud del informe, sino que es también necesario "que se notifique a los interesados la petición del informe para que la suspensión se pueda acordar y ser eficaz desde la fecha de tal petición, de modo que si la Administración se abstiene tanto de notificarla como de adoptar resolución de suspensión alguna y permite que pase el plazo ordinario de seis meses, no puede pretender que una vez transcurrido éste se reavive el plazo mediante notificaciones más que tardías y decisiones de suspender un plazo que ya había caducado".

– Sin embargo, cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimentes, la suspensión se produce de forma automática. La **STSJ de Navarra de 25 de septiembre de 2003**, Ar. 175 de 2004, afirma que la suspensión del plazo de caducidad se produce automáticamente en el supuesto recogido en el art. 42.5.d) de la Ley 30/1992, sin que sea necesario que el órgano instructor la acuerde expresamente. "Estas actuaciones podrán o no tener lugar, pero, si se producen, el efecto suspensivo es automático.Y del mismo modo que la caducidad es apreciable de oficio, quien la aprecie habrá de examinar si en el curso de la tramitación del expediente se han desarrollado actuaciones suspensivas".

12. RESOLUCIÓN SANCIONADORA

A) Puede agravar la extensión de la sanción propuesta sin audiencia previa dentro del límite máximo previsto por el tipo infractor que se entienda cometido

Un marinero es sancionado disciplinariamente por embriaguez habitual. La **STS de 7 de junio de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 3814, no ve inconveniente alguno en que el instructor propusiese sanción de un mes y el resolutor sancionase con doce meses de suspensión de empleo.

B) No es indispensable que la firma del órgano sancionador sea autógrafa. Puede signarse estampando con un sello

Frente a la pretensión del recurrente de que se anulara la resolución sancionadora por no aparecer la firma original del funcionario, "sino simplemente una rúbrica y su nombre estampados con un sello", recuerda la **STSJ de Galicia de 28 de octubre de 2003**, Ar. 491, que la STS de 3 de noviembre de 1997 "tiene declarado [que] (...) la firma autógrafa no es la única manera de signar, pues hay otros mecanismos que, sin ser firma autógrafa,

constituyen trazados gráficos, que asimismo conceden autoría y obligan. Así, las claves, los códigos, los signos y, en casos, los sellos con firmas".

13. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN

A) Los criterios para la graduación de la sanción y el régimen de distribución de competencias

STC 157/2004, de 21 de septiembre, recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral reguladora del comercio en Navarra. En un ámbito material donde el Estado tenga competencia, el establecimiento de los criterios para la graduación de las sanciones tiene un "carácter de condiciones básicas (...) por su vinculación a las exigencias derivadas del art. 149.1.1 CE, que apoderan al Estado para fijar unos principios que eviten divergencias irrazonables o desproporcionadas entre las distintas regulaciones autonómicas". Esto no se conculca por la Ley Foral que no incluye expresamente la reincidencia –como hace la legislación estatal básica– entre los criterios de graduación de las sanciones, sino que lo hace a través de la configuración de un tipo específico de infracción que contempla la reincidencia.

B) Distinción entre proporcionalidad e individualización de la sanción

La **STS de 3 de marzo de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 2250, reitera la jurisprudencia mantenida por esta Sala que distingue las nociones de proporcionalidad e individualización de la sanción en los siguientes términos: "tanto la proporcionalidad como la individualización son las vías para establecer la adecuada relación entre la conducta que se sanciona y la medida adoptada para su corrección; representando la primera la adecuación entre el hecho y la sanción elegida, operando únicamente en los supuestos disciplinarios en que las previsiones sancionadoras ofrezcan alternativas posibles". En la misma línea, la **STS de 30 de marzo de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 2445: "el criterio de individualización de la sanción no es más que la singularización del caso o especificación de circunstancias humanas, profesionales y ambientales que concurran, ajustando la sanción, ya valorada según criterio de proporcionalidad, al caso particularizado".

Sin embargo, una distinción tan nítida en estos términos no se mantiene en otras Salas.

C) Proporcionalidad

– Se sanciona disciplinariamente a un miembro del Cuerpo Nacional de Policía por haber sido condenado penalmente por un delito de abusos deshonestos. En el recurso, solicita que, sobre la base del principio de proporcionalidad, se sustituya la sanción de separación del servicio por la de suspensión de empleo. La **STS de 13 de febrero de 2004,** Sección Séptima, Ar. 2400, corrige el criterio mantenido en una sentencia anterior del TS y rechaza que "el hecho de que pueda existir un atentado contra la libertad sexual todavía más grave hace necesariamente procedente aplicar el principio de proporcionalidad a los efectos de sustituir la sanción de separación. Un atentado a la libertad sexual, aunque pueda

ser superado por otro en cuanto a su perversidad o reprochabilidad, puede alcanzar por sí sólo las elevadas cotas de gravedad que justifican la sanción de separación".

– El arquitecto director de unas obras que había sido sancionado con más de 100 millones de pesetas porque las obras no disponían de la preceptiva licencia alega que tal sanción vulnera el principio de proporcionalidad por cuanto no guarda proporción con los honorarios que ha percibido. La **STS de 3 de mayo de 2004,** Sección Quinta, Ar. 2876, recuerda que la legislación urbanística establece que el parámetro de referencia no es ése, sino el del presupuesto de ejecución de las obras.

D) Graduación de la sanción: existe un margen de discrecionalidad administrativa

La **STS de 10 de marzo de 2004,** Sección Tercera, Ar. 2023, estima que "no se trata de enjuiciar un supuesto de discrecionalidad técnica que requiera unos conocimientos específicos o criterios científicos para decidir la solución que se estime más adecuada en materias en que se usan parámetros no jurídicos, en los que evidentemente el control por los Tribunales no puede hacerse, salvo en supuestos de arbitrariedad, error manifiesto, o irracionalidad. Por el contrario, la potestad sancionadora se ejercita con criterios estrictamente jurídicos, y, aunque es cierto que en la fijación de las sanciones se atribuye por la Ley un cierto margen de discrecionalidad a la Administración al permitir graduarlas en atención a las circunstancias concurrentes, esta alternativa debe ejercerse respetando los principios generales del Derecho, y, entre ellos, el de igualdad y el de proporcionalidad, así como la motivación de las circunstancias que llevan a fijar el importe y duración de las sanciones pecuniarias o privativas de derechos".

E) Firmeza de las sanciones a efectos de apreciar reincidencia

A pesar de las vacilaciones jurisprudenciales, la **STSJ de Navarra de 25 de septiembre de 2003,** Ar. 175 de 2004, se suma a las más recientes sentencias del Tribunal Supremo que estiman que la firmeza de la sanción a tener en cuenta debe ser la administrativa. De lo contrario, "como advierte la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2000, la exigencia de firmeza jurisdiccional de la sanción o sanciones anteriormente impuestas, dado el tiempo que puede tardar en resolverse el Contencioso-Administrativo, convertiría, en contra de la finalidad de la Ley, en virtualmente inaplicables los preceptos en que se prevé dicha agravante referida a la comisión de infracciones en períodos breves".

F) Circunstancias atenuantes: carácter abierto

– La **STS de 3 de marzo de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 2250, admite una imputabilidad disminuida del encartado, por arrastrar una larga adicción a las drogas y al alcohol que le había llevado a padecer un trastorno límite de personalidad, aunque no una exención completa, y ello sin perjuicio de que esta circunstancia atenuante no está expresamente prevista como tal en la normativa aplicable. En cualquier caso, no deja de ser curioso el supuesto, por cuanto la infracción sancionada consiste precisamente en el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias similares con habitualidad. *Vid.* también, la **STS de 7 de junio de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 3814.

– **STS de 30 de marzo de 2004,** Sala de lo Militar, Ar. 2445: no haber sido sancionado con anterioridad.

G) Circunstancias atenuantes: aplicación analógica de las previstas en el Código Penal

Se trataba de un empresario que, por supuestos desajustes contables que no probó, liquidó cantidades erróneas en sus declaraciones trimestrales del IVA, de tal modo que, si bien consideradas en conjunto quedaban compensados los excesos con los defectos de pago, contempladas individualmente suponían –según los casos– bien infracciones tributarias graves por falta de pago, bien ingresos indebidos. El sancionado había alegado que este proceder administrativo resultaba contrario a la equidad "ya que se sanciona como infracción grave la conducta del contribuyente que ha pagado y ha hecho todo lo posible para cumplir, aunque haya cometido un error formal, haciendo de mejor condición al que no ha pagado nada en absoluto".

Sensible a esta situación, afirma la **STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de septiembre de 2003,** Ar. 254 de 2004, que "es preciso encontrar una solución al evidente desajuste entre la proporcionalidad de la sanción de quien no paga de la sanción de quien lo hace regularizando la deuda pero de forma irregular". En consecuencia, declara aplicables al caso los principios de Derecho Penal "con los matices necesarios", acudiendo al "empleo de circunstancias atenuantes generalmente admitidas en esta rama del Derecho, siendo una de ellas la anteriormente conocida como arrepentimiento espontáneo que hoy se ha objetivado en relación con la reparación voluntaria de los efectos perjudiciales de la infracción en el art. 21.6ª del CP". Lo anterior "permite de acuerdo con los criterios de aplicación de las penas del CP –art. 66.4º– analógicamente utilizados rebajar en un grado la pena de multa proporcional".

Puede entenderse que estos argumentos son una manifestación más de ese carácter abierto de las circunstancias atenuantes del que hemos dado cuenta en el epígrafe anterior.

H) Dilaciones indebidas: no son una circunstancia atenuante

STS de 16 de febrero de 2004, Sección Séptima, Ar. 1879: "las dilaciones indebidas no se traducen en una conclusión exculpatoria, dando lugar únicamente a la posibilidad de acudir a los remedios previstos por el ordenamiento para reparar los efectos perjudiciales que, en su caso, se hubiesen podido producir con el retraso, pero sin alterar la responsabilidad del sancionado ni implicar una circunstancia atenuante".

Lucía Alarcón Sotomayor
Manuel Izquierdo Carrasco
Manuel Rebollo Puig
Antonio Mª. Bueno Armijo

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Procedimiento expropiatorio. A) Mutuo acuerdo: competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer del cumplimiento de las obligaciones derivadas de los convenios expropiatorios. B) Expropiaciones de urgencia: apreciación incorrecta del presupuesto de la urgencia por la Administración expropiante e insuficiencia de la motivación indirecta del acuerdo expropiatorio. **3. Determinación del justiprecio.** A) La obtención por expropiación de un sistema general no previsto en el Plan, pero que "contribuye a crear ciudad", debe valorarse como suelo urbanizable con independencia de la calificación urbanística de los terrenos como no urbanizables. B) Corrección de la doctrina jurisprudencial sobre valoración de edificaciones preexistentes en aplicación de la Disposición Transitoria Quinta del TRLS de 1992. **4. Garantías sustanciales.** A) Derecho de reversión: interpretación antiformalista y *pro actione* del preaviso al que se refiere el art. 64.2 del REF. B) Transmisibilidad del derecho de tanteo asociado a la ulterior venta de un bien previamente expropiado, dada su naturaleza de beneficio compensatorio de una expropiación equivalente al derecho de reversión.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analiza en esta crónica la jurisprudencia recaída en materia expropiatoria a lo largo del primer semestre de 2004. Pese a ser importante el número de sentencias analizadas, muchas de ellas son reiterativas y la mayoría carecen de interés desde el punto de vista doctrinal. Como viene siendo habitual, sólo traemos a este crónica aquellas que merecen consideración desde esa perspectiva, aunque en no pocos supuestos se trata de pronunciamientos que abundan sobre líneas jurisprudenciales suficientemente comentadas por nosotros en números anteriores. No obstante, merece la pena destacar preliminarmente los dos pronunciamientos más interesantes y novedosos. En el primero, que se comenta

en sede de valoración del justiprecio, el Tribunal Supremo corrige su doctrina sobre valoración de edificaciones preexistentes en el contexto aplicativo de la Disposición Transitoria Quinta del TRLS de 1992, no afectada por la declaración de inconstitucionalidad de la STC 61/1997. El segundo se refiere a la naturaleza jurídica del derecho de tanteo asociado a la ulterior venta de un bien previamente expropiado, que comentamos bajo la voz "garantías sustanciales" de la expropiación, cuyo interés radica en que el Tribunal Supremo reconoce que dichos tanteos se asimilan, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica y, al derecho de reversión, a fin de declarar la transmisibilidad de los mismos.

2. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Mutuo acuerdo: competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer del cumplimiento de las obligaciones derivadas de los convenios expropiatorios

La **STS de 2 de marzo de 2004,** Ar. 2404, resuelve el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de instancia que rechazaba la pretensión de unos propietarios afectados por la actuación reparcelatoria resultante de una ejecución urbanística en la que dichos propietarios solicitaban que la Junta de Compensación actuante les hiciese entrega de ciertos bienes (unos bajos comerciales) como consecuencia de no haberse podido hacer efectiva la permuta compensatoria inicialmente pactada como pago de los terrenos de dichos propietarios que habían sido expropiados a efectos de la aludida actuación urbanística.

La Sala de instancia rechazó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los propietarios argumentando que la cuestión debatida era de índole civil, y no administrativa, por cuanto se refería al incumplimiento de determinados contratos de permuta y valoración de una indemnización alternativa en caso de incumplimiento por imposibilidad de entrega de lo acordado, siendo de aplicación, dada la naturaleza de los convenios otorgados entre las partes, los arts. 1446 y siguientes del Código Civil, relativos al contrato de permuta, en relación con los arts. 1445 y siguientes del propio Código, reguladores del contrato de compraventa, en el que finalmente –a juicio de la sentencia de instancia– había quedado convertido el convenio reparcelatorio al establecerse un precio cierto para el caso de no poderse llevar a efecto la permuta inicialmente pactada.

A tenor de la argumentación de instancia, el recurso de casación planteado se fundamenta en el defecto de jurisdicción en el que incurre el Tribunal de instancia al inaplicar la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y el Derecho urbanístico aplicable al caso en relación con el art. 24 de la LEF, que contempla el alcance del mutuo acuerdo expropiatorio; dado que, según exponen los recurrentes, su pretensión tenía por objeto la ejecución de un convenio expropiatorio para determinar el justiprecio de los bienes que resultaron afectados en un expediente expropiatorio iniciado por la Administración municipal y materialmente ejecutado como beneficiaria por una Junta de

Compensación urbanística, expediente al que se puso fin mediante la suscripción de un mutuo acuerdo entre la citada Junta y los propietarios no integrados en ella.

Este motivo es estimado por el Tribunal Supremo, afirmando, en primer lugar, la competencia jurisdiccional del orden contencioso-administrativo para conocer de la cuestión suscitada, por cuanto lo que se plantea hace referencia a la ejecución de un convenio expropiatorio que, según reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, corresponde al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo –y ésta sería la única excepción, que aquí no concurre– que la causa de las obligaciones contraídas hubiera nacido y debiera ventilarse en el contexto de la libertad de pactos entre particulares, cosa que no se da en el convenio analizado, en el que ni sus características, circunstancias o contenido, ni las obligaciones derivadas del mismo pueden hacer pensar en la concurrencia de la referida excepción determinante de la falta de jurisdicción. Así pues, el dato significativo para atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de estas cuestiones es que el conflicto sobre la obligación compensatoria se produzca como consecuencia de un procedimiento de expropiación, y no por razón de un contrato. Por ello, el Tribunal Supremo también estima el motivo casacional fundado en la infracción del art. 24 de la LEF, por tratarse de la determinación del extremo referido al justo precio de la expropiación, y no de un negocio jurídico de carácter civil que derivase *ab initio* de la voluntad bilateral de las partes.

Estimados ambos motivos, el Tribunal Supremo entra a resolver la cuestión de fondo, a fin de determinar el alcance y eficacia del mutuo acuerdo celebrado entre las partes en el seno del referido procedimiento expropiatorio, que consiste en una permuta de cosa cierta –los terrenos del causante de los recurrentes– por otra futura (los locales comerciales que habían de entregarse a aquél en los términos pactados y dentro del plazo que se señaló); o, dicho de otro modo, una compraventa de cosa presente por cosa futura con fijación de una causa resolutoria (si no llegaran a ser entregados los locales comerciales), en cuya virtud los terrenos volverían al pleno dominio de su propietario, a lo que se une la constitución de un aval bancario obtenido por la Junta de Compensación en favor de los recurrentes por el valor atribuido a los locales comerciales para el caso de incumplimiento de la obligación de entregarlos a cambio o en sustitución de la renuncia, por parte de éstos, al cumplimiento de la cláusula resolutoria. Acreditado el incumplimiento de la obligación de entrega de los locales, aunque no fuera resultado de una actuación dolosa o culposa por parte de la Junta de Compensación, y admitido aquél por los recurrentes, que reclamaron el cumplimiento de la condición resolutoria como garantía del abono del precio señalado para tal caso, el Tribunal Supremo resuelve conforme a los términos del convenio o mutuo acuerdo expropiatorio, de modo que, al no incluirse en éste el pago de intereses ni el abono de una suma superior a la señalada de común acuerdo –que es lo que solicitan ahora los recurrentes al aludir al "valor actual" de los locales o al valor de dichos bajos a la fecha de firmeza de la sentencia– constata la firmeza del precio originariamente convenido y declara la obligación de su entrega por parte de la Junta de Compensación, y no del Ayuntamiento, para el que son ajenas las cuestiones planteadas; sin reconocer, en cambio, los intereses derivados de la demora en el pago –que no estaban pactados–, dado que los recurrentes podían haber hecho efectivo el aval o reclamarlo en cualquier momento anterior a la consumación del plazo pactado.

B) Expropiaciones de urgencia: apreciación incorrecta del presupuesto de la urgencia por la Administración expropiante e insuficiencia de la motivación indirecta del acuerdo expropiatorio

Como hemos señalado en otras ocasiones, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo la necesidad de interpretar los presupuestos normativos de la expropiación de urgencia en sentido estricto, tal y como reclama su carácter excepcional. Por ello, ante el abuso sistemático que de este procedimiento ha hecho la Administración, el Tribunal Supremo sostiene la necesidad de que concurra un doble presupuesto para legitimar una declaración tal, que se concreta, de un lado, en la concurrencia de circunstancias de carácter excepcional que legitimen acudir a este procedimiento, y, de otro, en la exigencia de que la Administración expropiante motive suficientemente el acuerdo que declare la urgencia.

La efectiva concurrencia de las circunstancias de excepcionalidad que permiten acudir al procedimiento del art. 52 de la LEF permite un control judicial de los hechos determinantes de la urgencia y de cómo éstos han sido apreciados por la Administración, de modo que quede suficientemente probado que se dan circunstancias de urgencia reales que puedan servir de base a una excepción tan importante al sistema general de previo pago del justiprecio. Como consecuencia lógica de ello, la jurisprudencia exige la necesidad de motivar debidamente el acuerdo que declare la urgente ocupación con expresa exposición de las circunstancias que lo justifican, que es la vía para detectar la racionalidad intrínseca de la decisión y evitar que el procedimiento de urgencia pueda ser acordado de forma arbitraria por la Administración.

En este contexto hermenéutico se inscribe la **STS de 4 de junio de 2004,** Ar. 3722, resolutoria del recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Galicia contra la sentencia de instancia que estimó la pretensión anulatoria de tres Ayuntamientos afectados por el Decreto de la Comunidad Autónoma gallega que declaraba la expropiación urgente de los terrenos destinados a la construcción del embalse de Caldas de Reis en el río Umia.

Al resolver el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los citados Ayuntamientos contra dicho acuerdo, la Sala de instancia señaló que:

> "(…) el Decreto impugnado aparece huérfano de motivación justificadora de la declaración de urgencia, el expediente administrativo tampoco revela la concurrencia de circunstancias excepcionales que determinaran la urgencia declarada por el referido Decreto, que pudieran proporcionarle aquella motivación indirecta, pues, de una parte, el mismo Anteproyecto descartó que la construcción del embalse tuviera como finalidad la regulación del río Umia, a fin de evitar las riadas o inundaciones que padecía la villa de (…) en las avenidas invernales, al expresarse allí que (…) la construcción del embalse no solucionaba el problema de las inundaciones (...).
>
> No ignora esta Sala que la atención de las necesidades de abastecimiento de agua para fines urbanos, industriales y agrícolas, puede tener virtualidad, para integrar una situa-

> ción anómala o excepcional que justifique la declaración de urgencia, pero tal aptitud no es reconocible a las necesidades de abastecimiento concurrentes en el momento en que la Administración decide proyectar el embalse. En efecto, tanto el Plan como el Anteproyecto no refieren una situación de desabastecimiento alarmante o inquietante, centrándose, más bien, en señalar que la actuación reguladora proyectada tenga por objeto la ampliación del suministro respecto de municipios que presentaban déficit de recursos, el suministro de núcleos periféricos, como, en fin, solventar los déficit en épocas de estiaje (…).
>
> Siendo ello así, ya se advierte que no estamos en presencia de circunstancias excepcionales que según la doctrina jurisprudencial motivarían la declaración de urgencia, como así resulta de los propios términos de aquellos instrumentos en cuanto indican claramente que estamos ante un proyecto de futuro próximo y no de futuro inmediato, por cuanto la obra cuestionada no está pensada para subvenir a necesidades perentorias o apremiantes que no puedan satisfacerse con medidas transitorias o complementarias, factibles y posibles (…) hasta en tanto la Administración, ajustando la potestad expropiatoria a los cauces del procedimiento ordinario, pueda proceder a la ocupación de los terrenos afectados y acometer la construcción de la obra. En definitiva (…), la construcción del embalse puede justificar la expropiación de los terrenos afectados por tal obra, pero no ponen de relieve la urgente necesidad de dar satisfacción inmediata a dicho interés. En consecuencia, ya no es tanto que el Decreto impugnado en el orden formal carezca absolutamente de motivación, como que la motivación que de forma indirecta lo podría legitimar resulta insuficiente a los fines pretendidos por el mismo, cual es la declaración de urgente ocupación de los bienes y derechos afectados por la expropiación, por lo que se está en el caso de estimar el motivo, con la declaración de que no se está en presencia de una nulidad de pleno derecho o radical, como pretende el recurrente, al no encajar el vicio apreciado en ninguno de los supuestos del art. 62 de la Ley 30/1992 y sí ante un acto o resolución que incurre en simple vulneración de aquellos preceptos de la Ley de expropiación forzosa y su reglamento, con los efectos propios de la anulabilidad, que lo han de ser conforme a la resolución preconizada por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el sentido de que la consecuencia de la declaración de nulidad del expediente expropiatorio, cuando resulta físicamente imposible de reponer las cosas a su estado primitivo, como es el caso, pues ya se produjo la ocupación de las fincas y la obra ya se inició, no es la retroacción de dicho expediente a su iniciación sino la indemnización de los daños y perjuicios que se les hayan causado a los recurrentes por la ocupación ilegal de sus bienes, a determinar en fase de ejecución de sentencia".

Al resolver el motivo casacional formulado por la Administración autonómica expropiante en relación a la infracción de los arts. 52 de la LEF y 56 del REF por la Sala de instancia, el Tribunal Supremo recuerda su consolidada jurisprudencia sobre la apreciación de los presupuestos de la urgencia que antes resumíamos, señalando que, conforme a la misma,

> (…) la excepcionalidad que, para declarar la urgente ocupación, prevé el art. 52 de la Ley de Expropiación Forzosa no deriva de circunstancias de orden público o cualquier otra ajenas al proyecto sino de la imperiosa necesidad de ejecutar inmediatamente unas obras, que no permita emplear el procedimiento expropiatorio común u ordinario, cuya dife-

> rencia con el de urgencia no es otra que la de ser posible la ocupación de los bienes antes de tramitar el expediente administrativo de justiprecio".

Añadiendo que, como afirmaba la sentencia recurrida,

> "(…) ya no es tanto que el Decreto impugnado en el orden formal carezca absolutamente de motivación, como que la motivación que de forma indirecta lo podría legitimar resulta insuficiente a los fines pretendidos por el mismo, cual es la declaración de urgente ocupación de los bienes y derechos afectados por la expropiación".

Por lo que el motivo casacional es desestimado, confirmándose el fallo anulatorio dictado por el Tribunal *a quo*.

3. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

A) La obtención por expropiación de un sistema general no previsto en el Plan, pero que "contribuye a crear ciudad", debe valorarse como suelo urbanizable con independencia de la calificación urbanística de los terrenos como no urbanizables

Como recuerda la **STS de 13 de febrero de 2004,** Ar. 3888, en parecidos términos a los que hemos destacado en ocasiones anteriores (véanse, por ejemplo, los núms. 7, 10, 11 o 24 de esta Revista), la jurisprudencia viene declarando la procedencia de valorar el suelo dotacional destinado a sistemas locales o generales que se obtengan por expropiación como si de suelo urbanizable se tratase, con independencia de que su calificación en el planeamiento urbanístico sea la de no urbanizable, pues de lo contrario no podría satisfacerse la obligación de equidistribuir las cargas y deberes derivados del planeamiento. Esta regla interpretativa sólo quiebra en los supuestos en que la ejecución urbanística de los terrenos afectados se refiera a sistemas generales no contemplados en el Plan, en cuyo caso procederá su valoración como suelo rústico, o no urbanizable, en el contexto de una expropiación ordinaria y no urbanística, ya que en estos casos los sistemas no se expropian para la ejecución del planeamiento sino para una obra o proyecto concreto que se mantiene al margen de los mecanismos compensatorios y distributivos del Plan.

Dicho lo anterior, debe señalarse que en el período analizado se ha producido una larga serie de pronunciamientos, todos ellos referidos a expropiaciones de fincas con destino a las obras de ampliación del Aeropuerto Madrid-Barajas, en los que se da identidad de objeto y de pretensiones de las partes; entre ellos destacan las **SSTS de 5 de febrero,** Ar. 1867, **de 12 de febrero,** Ar. 1871, **de 19 de febrero,** Ar. 1888, **de 26 de febrero,** Ar. 1939, **de 17 de junio,** Ar. 3902, o de **24 de junio de 2004,** Ar. 5260. En todas ellas, el Tribunal Supremo estima los motivos casacionales que se fundan en la incorrecta valoración de las fincas expropiadas y declara la procedencia de justipreciar las mismas conforme a los criterios de valoración del suelo urbanizable, pese a que los terrenos afectados por las obras de ampliación del aeropuerto ubicados en el término de Alcobendas tenían carácter rústico o no urbanizable.

Nada nuevo parece añadir, por tanto, esta argumentación a lo que viene siendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que ha quedado reseñada más arriba, si no fuese porque todas estas sentencias justifican la valoración del suelo calificado de rústico como no urbanizable atendiendo al dato principal de que las obras de ampliación del aeropuerto de Madrid-Barajas constituyen un sistema general que "contribuye a crear ciudad". Con ello, el Tribunal Supremo parece querer decir que aunque el Plan no contemple la ejecución de un sistema tal, dicho sistema se tendrá que valorar como si de suelo urbanizable se tratase, matizando así su anterior doctrina para afirmar ahora que ésa será, en todo caso, la consecuencia a efectos de valoración del suelo afectado a un sistema general que contribuya "a crear ciudad", con independencia de su calificación urbanística en el Plan o, incluso, de que éste no lo haya contemplado. Merece la pena reproducir el razonamiento completo del Tribunal Supremo (que extraemos, en concreto, de la anteriormente citada sentencia de 24 de junio) para definir qué constituye un sistema general "que contribuye a crear ciudad":

> "Es un dato de fácil comprobación que la atribución de este carácter a los aeropuertos es una constante en nuestra legislación urbanística, anterior, coetánea o posterior al caso que nos ocupa. En efecto, el artículo 3.1, letra h) del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 incluía en el planeamiento la localización de los aeropuertos; el artículo 8.1, letra d) de la misma Ley atribuía a los Planes Directores Territoriales de Coordinación el señalamiento y localización de las infraestructuras básicas de las comunicaciones aéreas; y el 12.1 asignaba a los Planes Generales Municipales los sistemas generales de comunicación y sus zonas de protección. Estos preceptos se reiteran en el texto refundido de 1992 de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, cuyo art. 84.1 preveía la posibilidad de formular Planes especiales con la finalidad –entre otras– de desarrollar las infraestructuras básicas relativas a las comunicaciones terrestres, marítimas y aéreas. Finalmente, el art. 166.2 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, ratifica este criterio toda vez que dispone expresamente que 'los Planes Generales y demás instrumentos generales de ordenación urbana calificarán a los aeropuertos y su zona de servicio como sistema general aeroportuario y no podrán incluirse determinaciones que supongan interferencia o perturbación en el ejercicio de la competencia de explotación aeroportuaria'.
>
> Por esto el Municipio de Alcobendas, donde la clasificación del suelo era de no urbanizable debió haber cambiado el planeamiento para hacerlo sistema general, pese a lo cual no lo hizo y ha mantenido su clasificación como no urbanizable.
>
> Por otra parte, el concepto de sistema general, con independencia de que las normas citadas hayan dispuesto que es de aplicación al aeropuerto de Madrid-Barajas, figura descrito en el art. 25 del Reglamento de Planeamiento al señalar que en el Plan General se definirá 'el sistema general de comunicaciones tanto urbanas como interurbanas estableciendo las reservas del suelo necesarias para el establecimiento de las redes viarias y ferroviarias, áreas de acceso a las mismas y todas aquellas otras instalaciones vinculadas a este sistema, como son estaciones de ferrocarril, autobuses, puertos, aeropuertos y otras instalaciones análogas'. El sentido de este precepto es el de referir el sistema general a un primer concepto jurídico precisado de determinación como son las redes viarias y ferroviarias de las comunicaciones urbanas e interurbanas, determinación que habrá en cada caso de concretar si una red tiene trascendencia urbana, como ha dispuesto en numerosas ocasiones

el Tribunal Supremo al analizar las conexiones urbanas con las autovías (…). Sin embargo la segunda parte del precepto cita una serie de instalaciones en las que la norma considera vinculadas al sistema y entre ellas se menciona expresamente a los aeropuertos. Por ello las instalaciones citadas forman parte, sin necesidad de determinación alguna, del sistema de comunicaciones y como tal deben ser tratadas.

En consecuencia la Sala de instancia estima acertadamente que la diferencia entre la normativa sobre clasificación sectorial o urbanística del suelo desaparece a partir de la Ley de 1976, en el sentido de que las primeras, cuando impliquen la consideración de los elementos propios del planeamiento, han de estar reflejadas en las segundas, relegando así el hipotético conflicto entre ambas clases de normas a las competencias administrativas en el ejercicio del planeamiento pero no a los propios conceptos utilizados, desaparición que fue ratificada, además, a partir del texto refundido de 1992 en el que, al igual que sucede con el art. 23 de la Ley 6/1998, se dispone que todo el suelo, sin importar la clase de expropiación, se valora por los criterios de las Leyes citadas.

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 (…).

Así pues, y habida cuenta de que, en el caso que nos ocupa, nos hallamos ante un suelo incluido en un sistema general dotacional, resta que nos pronunciemos sobre su condición de urbanizable o no urbanizable con abstracción de su clasificación formal. A este respecto la doctrina jurisprudencial recaída al efecto es concluyente: en virtud del principio de equitativa distribución de beneficios y cargas del planeamiento [art. 3.2.b) y 87.1 del Texto de 1976, 3.b) del Texto del 92 y art. 5 de la Ley 6/1998] 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" (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1999, 1 de abril de 2000, 16 de enero de 2001, y otras muchas). La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2000 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 art. 26.2 del Reglamento de Planeamiento

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."

B) Corrección de la doctrina jurisprudencial sobre valoración de edificaciones preexistentes en aplicación de la Disposición Transitoria Quinta del TRLS de 1992

La Disposición Transitoria Quinta del TRLS de 1992 prevé que "las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, situadas en suelos urbanos o urbanizables, realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular". Esta previsión, que es trascripción literal de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, no quedó afectada por la declaración de inconstitucionalidad de la STC 61/1997 y tiene, además, el carácter de legislación básica que le otorgaba la Disposición Final Segunda del TRLS de 1992. El propio TRLS de 1992 establecía el criterio de valoración del suelo para el supuesto de edificaciones legales atendiendo al aprovechamiento efectivamente materializado –edificado– siempre que fuera conforme con la "ordenación urbanística vigente al tiempo de la construcción"; pero el aprovechamiento materializado es sólo un primer dato de partida para efectuar la valoración del suelo en estos casos, en tanto que el mismo debe ser reducido de forma proporcional "al tiempo de vida útil de la edificación ya construida", que hay que entender que es al tiempo de la valoración.

Este método de valoración es coherente con el sistema que instaura el nuevo régimen legal de la Ley 6/1998, según el cual el derecho al aprovechamiento urbanístico no implica la facultad de materializar el aprovechamiento adquirido indefinidamente mediante sucesivas operaciones de sustitución de la edificación, sino sólo la facultad, previa la obtención de la correspondiente licencia, de materializar –edificar– dicho aprovechamiento en un cuerpo concreto de edificación, lo que no difiere de la regla general de valoración de un terreno cuyo titular hubiera adquirido el derecho a la edificación contenida en el artículo 56.2 del TRLS de 1992, que preveía que el valor del suelo en el momento de concluirse la edificación sería el aprovechamiento urbanístico que efectivamente se hubiera materializado sobre el mismo, sin adición o deducción alguna, pues, de lo contrario, y a los solos efectos de su valoración, podría otorgarse según el instrumento urbanístico que legitima la expropiación un potencial aprovechamiento urbanístico inferior al ya consolidado conforme al anterior planeamiento durante el cual se materializó la construcción realizada.

En aplicación de este criterio valorativo, la **STS de 15 de diciembre de 2003,** Ar. 4142 de 2004, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se analiza un pronunciamiento de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por infracción de la Disposición Transitoria Quinta del TRLS de 1992 que valora determinados terrenos expropiados con ocasión de la ejecución del Plan Especial de Reforma Interior del Raval de Barcelona de forma distinta a cómo el propio Tribunal Superior de Justicia lo había hecho en ocasiones anteriores, ya que el pronunciamiento discutido en casación no reduce el aprovechamiento materializado en

la proporción de la vida útil de la edificación ya transcurrida, mientras que las sentencias del mismo Tribunal que se invocan como término de comparación en el recurso siguen el criterio distinto.

Al resolver el recurso de casación, el Tribunal Supremo empieza por reconocer, en primer término, que la sentencia impugnada responde a la doctrina sustentada por él mismo en la STS de 18 de febrero de 2003, Ar. 3078, en la que, con apoyo en pronunciamientos anteriores, declaró que de conformidad con lo establecido en los arts. 105.2 del TRLS de 1976 y 146 del Reglamento de Gestión Urbanística, la valoración del suelo expropiado debe efectuarse de conformidad con el planeamiento vigente, aunque éste hubiese disminuido el aprovechamiento permitido por el anterior, ya que su cambio constituye una potestad de la Administración que sólo dará lugar a la indemnización en los supuestos previstos por la legislación urbanística. Siendo así que los mencionados preceptos legales no permiten extender al denominado *ius variandi* de la Administración la doctrina legal sobre la no aplicación de las minusvalías que sean consecuencia directa del proyecto que legitime la expropiación a las tasaciones del suelo expropiado, porque la *ratio legis* del art. 36.1 de la LEF no permite su aplicación analógica a las modificaciones o revisiones de la ordenación de los terrenos consagradas en los planes, que se sujetan a los mecanismos indemnizatorios que específicamente prevé la legislación urbanística. De este modo, aprobado el nuevo planeamiento, el cálculo del valor urbanístico sólo puede hacerse conforme al aprovechamiento fijado por este nuevo planeamiento, sin que sea legítimo, por haberse disminuido el que tuviesen los terrenos según la anterior ordenación urbanística, calcularlo conforme a ésta; por ello, la patrimonialización del aprovechamiento asignado al suelo por el anterior planeamiento, mediante el uso al derecho a edificar, tendrá su compensación a través del justiprecio de lo edificado cuando por quedar fuera de ordenación y resultar incompatible con el nuevo destino del suelo éste deba ser expropiado.

Consiguientemente, esta doctrina seguía el sistema generalizado de la suma de los valores del suelo y la edificación, pues según el art. 106.1 del TRLS de 1976, las edificaciones que existan en el suelo se justipreciarán con independencia del mismo e incrementarán con su cuantía el valor total del inmueble, salvo que, por su carácter de mejoras permanentes, hayan sido tenidas en cuenta en la determinación del valor urbanístico con arreglo a los arts. 105 del propio TRLS de 1976 y 137 del Reglamento de Gestión Urbanística (según los cuales el valor de las edificaciones existentes sobre el suelo tendría que determinarse con arreglo a los criterios de la LEF, de modo que cuando el valor de las edificaciones hubiera sido ponderado en la fijación del valor urbanístico su cuantía no aumentará el valor del inmueble).

La sentencia que ahora se comenta cambia esta doctrina en el sentido que ya se apuntaba en el voto particular formulado por los Exmos. Sres. Magistrados D. José Manuel Sieira Miguez y D. Agustín Puente Prieto contra el fallo de la antes citada STS de 18 de febrero de 2003, en el que se ya se decía que:

"el art. 87.2 del TRLS de 1976 no es el procedimiento adecuado para indemnizar al expropiado por el hecho de haber quedado parte del edificio fuera de ordenación debido a la modificación del planeamiento, por cuanto la declaración de inconstitucionalidad que efectúa la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, no alcanza a los arts. 237, 238 y 241 del TRLS de 1992, pues la regulación contenida en el art. 87.2 del TRLS de 1976 ha quedado derogada por la Ley 8/1990 y su Texto Refundido de 1992, resultando de plena aplicación los arts. 237, 238 y 241 en cuanto no han sido declarados inconstitucionales por la referida sentencia del Tribunal Constitucional, y, por otra parte, el art. 237.2 tiene un contenido absolutamente contrario, ya que expresamente declara que 'las situaciones fuera de ordenación surgidas por los cambios del planeamiento no serán indemnizables'.

La razonabilidad del precepto es manifiesta ya que el cambio de planeamiento no genera perjuicio patrimonial alguno. El derecho a la edificación ya ha sido incorporado al patrimonio del propietario del suelo y como quiera que el cambio de planeamiento no implica *per se* el derribo, ni siquiera parcial, del edificio no existe daño patrimonial susceptible de indemnización.

Por otra parte el precepto es perfectamente coherente con lo dispuesto en el art. 56.2 del TRLS de 1992 que tampoco resulta afectado por la sentencia del Tribunal Constitucional citada, y que por tanto está plenamente vigente, como también lo está la Disposición Transitoria Quinta.1 y 2, a excepción del inciso final de este último apartado y que se refiere a que en todo caso, como valor mínimo del suelo se entenderá el resultante de la aplicación del 85 por ciento del aprovechamiento tipo vigente al tiempo de la valoración y que está en armonía con el art. 56, que dispone: '1.–La valoración de los terrenos, cuyo titular haya adquirido el derecho a la edificación, diferenciará el valor del suelo y el de la edificación. 2.–El valor del suelo en el momento de concluirse la edificación será el correspondiente al aprovechamiento urbanístico que efectivamente se hubiera materializado sobre el mismo, sin adición o deducción alguna. 3.–El valor de la edificación se determinará en función de su coste de reposición, corregido en atención a la antigüedad, estado de conservación y conformidad o no con la ordenación en vigor'.

Con arreglo a la legislación de 1976, una vez fijado el contenido del derecho de la propiedad urbanística en un Plan, el principio de seguridad jurídica demanda su inalterabilidad relativa, de forma que las fincas urbanas no vean reducido su aprovechamiento urbanístico originario, ya que éste encuentra su causa inmediata en el último nivel del planeamiento, es decir, en los planes parciales, en los planes especiales o en los programas de actuación, pues una vez aprobados definitivamente dichos instrumentos nace un derecho de los propietarios a determinados aprovechamientos.

De lo que resultan dos consecuencias claras, una que con arreglo a la legislación urbanística contenida en el TRLS de 1976 es obligado respetar los derechos que los particulares tienen como consecuencia de las situaciones de fuera de ordenación originadas por el cambio de planeamiento y otra que para que haya derecho a indemnización, aparte de los dos supuestos específicos contenidos en el art. 87.2 del TRLS de 1976 –modificación antes de que se cumplan los plazos previstos para la ejecución del plan que éste no haya podido

llevarse a cabo por causas imputables a la Administración–, es necesario que el Plan Parcial se encuentre en fase de realización y que el propietario haya cumplido con los requisitos o cargas impuestas por la anterior ordenación sin haber obtenido ningún beneficio resultando así discriminado en relación con el resto del sector, lo que no acontece en modo alguno en el caso de autos en el que, como decíamos, el propietario ha patrimonializado el derecho a la edificación y por tanto ha obtenido e integrado en su patrimonio los beneficios que se derivaban de la anterior ordenación.

No parece que puedan plantearse cuestiones en relación con la aplicación de la Disposición Transitoria Quinta a toda clase de valoraciones, incluidas los que tiene lugar con ocasión de expropiaciones, como hemos dicho no ha resultado afectada por la STC 61/1997 y en ella no se excluyen las valoraciones a efectos expropiatorios, en su número 2 se refiere al 'valor del suelo' sin distinción alguna.

Tampoco puede plantearse la cuestión en relación con la aplicabilidad del art. 56 del mismo texto legal a los supuestos de expropiación, pues el título II del TRLS de 1992 dedica su capítulo tercero, según su rúbrica, a la 'valoración de terrenos a obtener por expropiación' (arts. 58 y siguientes).

A tenor del art. 58, 'la valoración de los terrenos destinados a sistemas generales, o a dotaciones locales en suelo urbano, que se obtengan por expropiación y de los terrenos incluidos en unidades de ejecución respecto de las que se hubiere fijado el sistema de expropiación, se determinará de conformidad con las reglas establecidas en este capítulo'. Los demás artículos del capítulo han sido declarados inconstitucionales por la sentencia de 20 de marzo de 1997, por entrar en determinaciones urbanísticas para las que el Estado carece de título competencial alguno. Por ello, la remisión hecha a los preceptos del referido capítulo, que contenía una serie de reglas especiales respecto de las precedentes sobre valoración urbanística, debe entenderse referida ahora a los artículos anteriores, sobre valoración de terrenos.

La diferente forma de determinar el valor, según se trata de valoración expropiatoria o no, se justifica por la circunstancia de que, en el primer caso, la valoración es definitiva y presupone la exclusión del propietario del proceso urbanizador y edificatorio, sin causa alguna a él imputable, mientras que, en los restantes supuestos, la valoración es siempre transitoria –y frecuentemente sin repercusión práctica alguna, si exceptuamos la posibilidad de fundamentar en la misma alguna pretensión indemnizatoria por cambio del planeamiento o su eventual incidencia en el ámbito puramente fiscal–, pues el propietario, avanzando en el mencionado proceso, incorpora nuevos y mayores contenidos urbanísticos.

Es importante resaltar las razones del Tribunal Constitucional. Se trata, dice, de casos en los que el planeamiento prevé la realización de actuaciones urbanísticas en las que los propietarios quedan al margen del proceso de urbanización sin soportar, por tanto, las cargas del mismo. Ahora bien cabe preguntarse si tal doctrina es aplicable cuando el proceso de

urbanización está ejecutado y el nuevo planeamiento no exija una nueva obra urbanizadora ni la destrucción de lo anterior.

Por otra parte, no podemos olvidar que los arts. 59 a 62, declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional en la sentencia citada, son reglas especiales, no un sistema de valoración y, por tanto, resultarían, de no haber sido declaradas inconstitucionales, aplicables como excepción a la norma general correlativa contenida en el Capítulo II del Título II del TRLS de 1992, pero aquellos preceptos del Capítulo II relativos a 'valoraciones' que no tenían su correspondiente en el 'Capítulo III' resultarían y resultan en cualquier caso de aplicación, así lo ha reconocido la jurisprudencia en relación con los arts. 48 y 49, por todas sentencias las de 24 de mayo de 2003 y 14 de febrero de 2003, y así ha de reconocerse también en relación con el art. 56 y Disposición Transitoria Quinta, como ya lo reconoció la sentencia de la Sala de 5 de noviembre de 2001".

El cambio de doctrina que avala el voto particular trascrito y que esta sentencia consagra se justifica, como la propia sentencia aclara, en la justa pretensión de que las fincas urbanas no vean reducido, por la mecánica expropiatoria, su aprovechamiento urbanístico originario cuando el propietario ha patrimonializado el derecho a la edificación y, por tanto, ya ha obtenido e integrado en su patrimonio los beneficios que derivaban del anterior planeamiento. En este caso, el perjuicio patrimonial originado por la expropiación derivaría de la adopción de un aprovechamiento urbanístico inferior al efectivamente patrimonializado con arreglo al planeamiento vigente al momento de concluirse la edificación, de tal manera que al aplicarse el método de repercusión para llevar a cabo la valoración del suelo expropiado no se repercutiría sobre el total de las plantas edificadas, sino sobre parte de ellas, produciéndose así una lesión patrimonial imputable a la Administración que desnaturaliza el mandato del art. 33 de la CE.

4. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) Derecho de reversión: interpretación antiformalista y *pro actione* del preaviso al que se refiere el artículo 64.2 del REF

Como es sabido, el art. 64.2 del REF establece que "transcurridos cinco años desde la fecha en que los bienes o derechos expropiados quedaron a disposición de la Administración sin que se hubiere iniciado la ejecución de la obra o establecido el servicio, o dos años desde la fecha prevista a este efecto, los titulares de aquellos bienes o derechos, o sus causahabientes, podrán advertir a la Administración expropiante de su propósito de ejercitar la reversión, pudiendo efectivamente ejercitarla si transcurren otros dos años desde la fecha de aviso sin que se hubiere iniciado la ejecución de la obra o establecido el servicio". Al interpretar este precepto, el Tribunal Supremo ha declarado en reiteradas ocasiones que el escrito formulando el preaviso o advertencia al que se refiere el citado precepto no ha de revestir específicas formalidades, menos con carácter *ad solemnitatem*, bastando con que a través del mismo se manifieste el propósito de instar la retrocesión del inmueble expropiado. Asimismo es doctrina jurisprudencial que la falta u omisión de la advertencia o preaviso exigido en el mencionado art. 64.2 del REF no vicia el ejercicio

de la acción reversional, admitiendo que si una vez solicitada la reversión ésta es denegada por la Administración y este acto es impugnado jurisdiccionalmente, de manera que cuando se ha de resolver definitivamente en sede jurisdiccional ha transcurrido con exceso el término de dos años sin que la Administración haya acometido las actuaciones encaminadas a satisfacer la *causa expropiandi*, es contrario al significado y finalidad del recurso remitir de nuevo a la vía administrativa para que se vuelva a pedir la reversión e iniciar después otro proceso en demanda de la efectividad de un derecho que se ostentaba con anterioridad al pronunciamiento de la sentencia, y que surge del incumplimiento de la Administración de su obligación de destinar los bienes o derechos a los fines de la expropiación.

En este orden de consideraciones merece ser destacada la **STS de 17 de febrero de 2004,** Ar. 3871, que resuelve el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de instancia en la que se desestimaba una pretensión reversional. La tesis del Tribunal *a quo* cuya casación se pretende, confirma las resoluciones recurridas de la Administración, que frente a la petición del interesado sobre la reversión de los terrenos que le fueron expropiados rechazó la reversión pero consideró que el escrito en el que ésta se formulaba tendría la consideración de preaviso con los efectos del art. 64.2 del REF.

En aplicación de la consolidada doctrina de la que anteriormente dábamos cuenta, el Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia y rebate la argumentación de la Administración afirmando que el hecho de que la recurrente tuviera que haber efectuado el preaviso y que no lo hubiera hecho, lo que determinó que la Administración se limitase a considerarse preavisada, no lleva consigo alcanzar la solución que obtuvo la Sentencia de instancia de confirmar sin más las decisiones de la Administración. Así, cuando el recurrente formuló su pretensión reversional, la Administración obró correctamente al entender que se trataba del preaviso de aquélla, pero cuando la Sala de instancia resolvió había transcurrido ya en exceso el plazo de dos años desde el aviso previsto por el art. 64.2 del Reglamento de Expropiación Forzosa, sin que la Administración hubiere iniciado la ejecución de la obra o establecido el servicio, por lo que –de acuerdo con lo la referida doctrina jurisprudencial– es contrario al principio de tutela efectiva de los derechos el que la sentencia de casación se limitase a considerar formulado el preaviso, por lo que –al tiempo que casa la sentencia de instancia– declara ejercitado el derecho de reversión.

B) Transmisibilidad del derecho de tanteo asociado a la ulterior venta de un bien previamente expropiado, dada su naturaleza de beneficio compensatorio de una expropiación equivalente al derecho de reversión

La **STS de 25 de marzo de 2004,** Ar. 2407, resuelve el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que estimaba el recurso promovido por una promotora urbanística "P" frente a la estimación que el Ministerio de Fomento había hecho del recurso interpuesto por otra promotora "M". La promotora "P" había resultado adjudicataria por el procedimiento de subasta pública de unos terrenos previamente expropiados con ocasión de la parcelación llevada a cabo para la reestructuración de los accesos a la estación ferroviaria de

Chamartín en Madrid, ante lo que la promotora "M" interpuso un recurso administrativo reclamando la adjudicación de los terrenos afectados en ejercicio del derecho de tanteo que había adquirido con la compra de los mismos; derecho de tanteo que se reconocía en favor de los anteriores propietarios por el Decreto-Ley de 30 de agosto de 1946 y las Órdenes Ministeriales que lo desarrollaron para disciplinar la afectación, expropiación y ulterior venta en pública subasta de las parcelas resultantes de la reordenación urbanística de la mencionada zona ferroviaria. El recurso de la promotora "M" fue estimado por el Ministerio de Fomento en atención a la citada normativa, y, contra dicha resolución, la promotora "P", adjudicataria inicial de las parcelas subastadas, interpuso un recurso contencioso-administrativo aduciendo la intransmisibilidad del derecho de tanteo.

La Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional estimó dicho recurso por entender, en sustancia, que el derecho de tanteo reconocido por la normativa en cuestión ante la venta en pública subasta de los derechos expropiados se reconocía sólo a favor de "los antiguos propietarios", lo que excluiría de dicho derecho a ulteriores adquirentes y, por tanto, a la promotora "M". Así, la Audiencia Nacional funda la intransmisibilidad *inter vivos* del derecho de tanteo considerado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que reputa a los tanteos y retractos legales la naturaleza de limitaciones o cargas de Derecho público que, aunque puedan redundar en provecho particular, están motivados siempre en una causa de interés general y no constituyen desmembraciones del derecho sobre el que actúan, ya que ni el dueño afectado podrá inventariar las limitaciones que aquellos derechos imponen, ni el favorecido podrá incluirlas como valores patrimoniales en su activo. Cargas, en definitiva, que por envolver una limitación del derecho de propiedad en pugna con la libertad de contratación han de ser interpretadas restrictivamente. Por consiguiente, según la sentencia de instancia:

> "(…) la interpretación, a falta de Disposición expresa en contrario, no puede ser en favor de la transmisibilidad del derecho de tanteo, sino en contra, en la medida en que los tanteos legales no pueden transmitirse de forma independiente o al margen de la situación jurídica en la que estén inmersos, a diferencia de lo que podría ocurrir con los de carácter convencional; así puede aplicarse e interpretarse analógicamente lo dispuesto en el art. 123 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y ello sin olvidar la restricción que comportan al derecho a participar en igualdad de condiciones en las subastas públicas, por lo que deben ser interpretadas restrictivamente.
>
> Sin entrar pues, en el examen de las transmisiones por las que (la promotora 'M') justifica su ejercicio del derecho de tanteo, es lo cierto que no siendo dicha sociedad la propietaria de la parcela en el momento de dictarse las normas que nos ocupan, se iría contra el espíritu de las mismas, a saber, procurar protección patrimonial a quienes eran 'los antiguos propietarios' y no los que los son en la actualidad después de sucesivas vicisitudes contractuales, si se permitiera a la misma el ejercicio del derecho de tanteo, que al ser considerado por esta Sala como intransmisible impone la estimación del recurso interpuesto con la consiguiente nulidad de la resolución impugnada".

Frente a interpretación restrictiva de la transmisibilidad del derecho de tanteo, la Adminstración actuante y la promotora "M" formularon sendos motivos de casación en los que

expresaban su oposición a la sentencia de la Audiencia Nacional argumentando, de un lado, que la normativa en la que se sustentaba la expropiación reconoció a los antiguos propietarios un derecho real de tanteo, respecto al que su intransmisibilidad sería una restricción que debiera derivar de la norma que lo reconoce, y no de una interpretación restrictiva de dicha norma; y, de otro, que no puede emplearse la interpretación analógica del art. 123 del RSCL dada la total falta de identidad de fundamento entre el mismo y la normativa reguladora de esta expropiación. Así, el derecho de tanteo cuestionado fue reconocido por esta normativa singular como un crédito o derecho perfectamente cedible en virtud de lo dispuesto en el art. 1526 del Código Civil y que puede ser objeto de cualquier tipo de contrato con base en los arts. 1271 y siguientes del propio Código. Por lo cual, como credito adquirido en virtud de una obligación es transmisible con arreglo a la Ley, según lo prevenido por el art. 1112 del Código Civil.

Al estimar el recurso de casación así planteado, el Tribunal Supremo solventa la cuestión de fondo a favor de los recurrentes, apoyando la transmisibilidad del derecho de tanteo sobre los siguientes argumentos, que por su interés reproducimos íntegramente:

> "(…) resulta evidente que el controvertido derecho de tanteo es un derecho reconocido por una normativa específica que lo configura como un beneficio cuya finalidad era compensar a los propietarios por el perjuicio sufrido en aras del interés público como resultado de la expropiación. En consecuencia, sus contornos deben ser interpretados de conformidad con la finalidad perseguida por el legislador, sin que se le pueda equipararse con cualquier otro derecho de tanteo reconocido por la legislación (dentro o fuera Código Civil) sin comprobar previamente que responde a la misma o análoga finalidad. Es el propio Decreto-Ley de 1946 que opera la expropiación el que establece de forma imperativa que se han de reconocer 'beneficios' a los antiguos propietarios, al determinar expresamente que los terrenos expropiados, debidamente parcelados 'serán vendidos en pública subasta, con las modalidades y beneficios a favor de los antiguos propietarios afectados por las obras que el Ministerio de Obras Públicas determine (...)'. Y las órdenes ministeriales [que lo desarrollan] cumplen este mandato reconociéndoles el beneficio de un derecho de tanteo.
>
> Esta naturaleza especial del derecho de tanteo que se discute, configurado como un beneficio en favor de los antiguos propietarios, y que responde por consiguiente a una finalidad compensatoria, determina ya que no puede equiparársele a los denominados habitualmente derechos de tanteo legales o al derecho de tanteo reconocido en el art. 123 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, como hace la Sentencia impugnada. Como se ha puesto de relieve por las partes y señala la sentencia de la Sala Primera de este Tribunal, de 2 de abril de 1985 en la que se apoya precisamente la Sala de instancia, los derechos de tanteos y retractos legales reconocidos en el Código Civil y sobre los que se pronuncia la misma se configuran como 'limitaciones a modo de cargas de derecho público' sobre la propiedad que han de ser interpretadas restrictivamente, en particular en cuanto a su transmisibilidad *inter vivos*. Por el contrario y como ya se ha dicho, el derecho de tanteo que ahora se discute tiene un sentido absolutamente contrario de beneficiar al

antiguo propietario, y como tal beneficio no hay razón alguna para que sea interpretado en forma restrictiva, sino de acuerdo con lo que se derive de la normativa especial que lo crea y de conformidad con su finalidad compensatoria.

Pues bien, ante el silencio sobre su transmisibilidad por parte de las Órdenes ministeriales que reconocieron el derecho, ninguna razón existe para imponer una limitación a la compensación otorgada en beneficio de los antiguos propietarios excluyendo su transmisibilidad *inter vivos* mediante cualquier tipo de contrato. Tampoco se encuentra apoyo alguno para equiparar este especial derecho de tanteo con el reconocido por el art. 123 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales mencionado por la Sentencia impugnada. Dicho derecho de tanteo, reconocido a diversos sujetos en procedimientos de solicitud de concesión de servicios, es un derecho también especial para supuestos específicos que nada tienen que ver en cuanto a su finalidad con un beneficio compensatorio de una expropiación.

Por el contrario, si ha de buscarse una analogía para dilucidar la naturaleza de este derecho de tanteo, sin duda habría que hacerlo con el derecho de reversión, que si bien se configura para el supuesto en que la expropiación ha perdido su fundamento, tiene sin embargo igual finalidad compensatoria del perjuicio sufrido por la expropiación, de tal forma que desaparecida la *causa expropriandi* pueda el propietario recuperar el bien perdido. Y, al igual que no se pone en duda la transmisibilidad del derecho de reversión que se haya incorporado al patrimonio del expropiado, tampoco ha de hacerse con el derecho de tanteo que aquí se discute".

Juan Antonio Carrillo Donaire
Emilio Guichot Reina
Francisco López Menudo

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Imputabilidad. A) Delimitación del campo de la responsabilidad extracontractual. Alteración de las condiciones de una concesión: exclusión del ámbito de la responsabilidad extracontractual. B) Robo de mercancías en aeropuerto: inimputabilidad a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. **3. Objetividad del sistema y nexo de causalidad.** A) Responsabilidad sanitaria: nacimiento de prematuros con graves deficiencias físicas. B) Responsabilidad sanitaria: exigencia al demandante de la acreditación de una actuación negligente por parte de la Administración. C) Daños sufridos por menores bajo la vigilancia de sus progenitores en dependencias administrativas: inexistencia de responsabilidad administrativa. D) Accidente de circulación debido a fallo mecánico: inexistencia de responsabilidad administrativa. E) Principio de proporcionalidad en la actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. **4. Antijuridicidad del daño.** A) Funcionario público que padece una enfermedad profesional: deber de soportar el daño. B) Esterilización conforme a la *lex artis* seguida de embarazo: deber de soportar el daño. C) Contagio de virus del SIDA o de la hepatitis C: cláusula del estado de los conocimientos. D) Abono del impuesto de actos jurídicos documentados en el País Vasco para beneficiarse de un tipo impositivo inferior al existente en otras Comunidades Autónomas: obligación de soportar el daño cuando se hace un uso fraudulento de las posibilidades que brinda el ordenamiento jurídico. **5. Daño indemnizable.** A) Compatibilidad de pensiones extraordinarias e indemnización por daños, y cálculo de esta última conforme al criterio orientador que supone el baremo para accidentes de circulación. B) Rigurosidad en la exigencia de acreditación del daño. **6. Acción de responsabilidad y procedimiento. *Dies a quo*: el derecho a la tutela judicial efectiva no es óbice para una interpretación conforme a la regulación legal. 7. Responsabilidad del legislador.** A) Declaración de inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios públicos y responsabilidad del legislador: importancia de atender al pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca del alcance de dicha declaración. B) Artículo 111 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del

Impuesto sobre el Valor Añadido y responsabilidad por infracción del Derecho comunitario. **8. Responsabilidad del Poder judicial. Prisión preventiva seguida de libre absolución por inexistencia objetiva. Delito provocado.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta entrega de la crónica sobre responsabilidad por daños causados por los poderes públicos es sensiblemente más extensa que números anteriores, debido a la multitud e importancia de los pronunciamientos habidos en el período considerado, que suscitan las más diversas cuestiones acerca de los diferentes elementos del sistema de responsabilidad, al que cada nuevo caso que se le plantea exige una respuesta matizada y singular.

2. IMPUTABILIDAD

A) Delimitación del campo de la responsabilidad extracontractual. Alteración de las condiciones de una concesión: exclusión del ámbito de la responsabilidad extracontractual

La **STS de 30 de enero de 2004,** Ar. 776, resuelve la reclamación de una empresa concesionaria hidroeléctrica por la disminución en su producción como consecuencia de la construcción y entrada en funcionamiento de un canal que supone una disminución del caudal desembalsado. Se discute si la reclamación debe considerarse en el marco de la relación concesional, y por tanto, tratarse como responsabilidad contractual; o si, por el contrario, dibuja un supuesto de responsabilidad extracontractual. El Tribunal Supremo estima que estamos ante el primer supuesto. Ello no supone negar el derecho a indemnización de la demandante, sino tan sólo apuntar que la vía de la responsabilidad extracontractual no es la adecuada:

> "Naturalmente, lo dicho no significa que la entrada en funcionamiento del Canal de las Dehesas no perjudique a Saltos del Guadiana, SA, ni que la Administración no deba compensarle por ello. Por el contrario, como confirma la Sentencia que se impugna, no hay duda de que la producción hidroeléctrica en las centrales de las que hablamos se ha visto afectada y tampoco la hay de que eso supone una alteración de las condiciones de hecho existentes en el momento de establecerse la concesión que ha de llevar a la introducción en el régimen de la misma de las modificaciones necesarias que compensen a la concesionaria de los perjuicios que haya sufrido. Sin embargo, lo uno y lo otro no puede llevar a considerar contraria al Derecho la Sentencia de la Audiencia Nacional por los motivos que se han esgrimido. Por otra parte, la desestimación del recurso de casación, que es la consecuencia obligada de cuanto se acaba de decir, no deja indefensa a Saltos del Guadiana, SA, que tiene abierta la vía indicada por aquélla y reiterada por la Sentencia de esta Sala de 17 de abril de 1997 (apelación 657/1993) que la confirmó. No es otra que la que preveía el

artículo 63.a) de la Ley de Aguas de 1985 [artículo 65.1.a) de la vigente], procedimiento que, como la propia recurrente indica, ya utilizó anteriormente ante la puesta en riego de grandes superficies y que dio lugar a la Orden de 1 de febrero de 1990."

B) Robo de mercancías en aeropuerto: inimputabilidad a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

La **STS de 23 de abril de 2004,** Ar. 2551, resulta interesante en su delimitación acerca de dónde empieza y dónde termina la responsabilidad administrativa en materia de seguridad. En ella, una aseguradora, que previamente ha abonado una cantidad a una empresa de seguridad privada, reclama en nombre de ésta indemnización a la Administración por el daño consistente en un robo de sacas con dinero. Argumenta que se produjo por la falta de adopción de medidas de seguridad y orden público por parte de las Fuerzas de Seguridad del Estado en el recinto aeroportuario de Ibiza.

El tribunal de instancia atribuyó la negligencia en exclusiva a la empresa de seguridad privada, una de las más importantes del sector y que, sin embargo, disponía de un único vigilante.

El Tribunal Supremo considera que se ha conculcado el principio de la apreciación conforme a la sana crítica, al realizar el Tribunal de instancia una apreciación probatoria arbitraria en tanto que carente de sentido común o no razonable, ya que la empresa de seguridad cumplió con los deberes a los que estaba obligada con aquellas personas físicas y jurídicas que le confiaban fondos y documentos para su traslado al aeropuerto de Ibiza y posterior entrega con las debidas garantías de seguridad a la Compañía de transporte aéreo Iberia, la cual en efecto recibió la mercancía de conformidad, extendiendo el correspondiente documento que acreditaba esa circunstancia. A partir de ese momento, era Iberia responsable de la custodia de los efectos en sus instalaciones, y hasta su traslado al avión. Ahora bien, eso no hace responsable de los daños al Estado, encargado de la seguridad del tráfico aéreo y el control de pasajeros, pero no de una tarea como la aquí omitida. Teniendo en cuenta que la posible responsabilidad de la Compañía Iberia quedó desligada del proceso, y lo mismo ocurrió con la Entidad Pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, la Administración del Estado no era responsable en ningún grado del acontecimiento ocurrido.

3. OBJETIVIDAD DEL SISTEMA Y NEXO DE CAUSALIDAD

A) Responsabilidad sanitaria: nacimiento de prematuros con graves deficiencias físicas

La **STS de 6 de abril de 2004,** Ar. 2717, analiza el lastimoso supuesto de un niño que nació con tan sólo 26 semanas de gestación, permaneciendo en una incubadora durante 3 meses y 25 días. Fue dado de alta el 1 de julio de 1986 sin que se hiciera a la familia advertencia alguna sobre ningún padecimiento patológico del menor. Al apreciarse deficiencias visuales por la familia, fue objeto de exámenes diversos. Se detectó un des-

prendimiento de retina total en ambos ojos cuyo único tratamiento era el quirúrgico. Se aconsejó que el tratamiento quirúrgico se realizara en un hospital estadounidense, como así se hizo, volviendo después a revisión al año siguiente. Posteriormente, el estado del niño fue agravándose, no afectando tan sólo a la visión, sino degenerando en parálisis cerebral, sordera y retraso madurativo. Por los padres del menor se formuló reclamación de reintegro de los gastos derivados de la intervención en el extranjero, y dicha reclamación fue desestimada por el INSALUD. Posteriormente se presentó demanda ante el Juzgado de lo Social que dictó sentencia favorable a las pretensiones de los reclamantes; sentencia que fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia.

El paso siguiente fue presentar la reclamación de responsabilidad patrimonial, ya no por los gastos habidos, sino por el daño sufrido por el menor.

La sentencia suscita múltiples cuestiones que afectan a diversos aspectos del régimen de la responsabilidad y que, excepcionalmente y por razones de claridad, vamos a exponer en su totalidad dentro de este epígrafe dedicado a la objetividad del sistema y el nexo de causalidad.

La primera cuestión analizada es la prescripción, ya que la Administración alega que si la única deficiencia imputada a la Administración es la ceguera, ésta fue detectada años antes de formularse la reclamación. Sin embargo, para el Tribunal Supremo, como para el de instancia, hay que tomar en consideración la aparición, detección y estabilización del conjunto de las patologías.

En cuanto al fondo, la Administración defendía que en estos casos de niños tan prematuros, la única técnica que permite viabilizarlos implica el tratamiento con oxígeno, que conlleva la posibilidad de ceguera, citando en apoyo de esta tesis la STS de 10 de febrero de 1998, Ar. 1452, que en un caso similar desestimó la pretensión indemnizatoria al no haberse acreditado que el menor había sido sometido a una oxigenación excesiva. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera, a la vista de los informes periciales y la documentación obrante en autos, que en este caso las dosis no fueron las adecuadas, ni tampoco el seguimiento oftalmológico.

Asimismo, el Tribunal Supremo se pronuncia acerca de si procede o no imputar también a la Administración el daño resultante de todas o algunas de las secuelas restantes (sordera, mudez, y parálisis cerebral). La parte recurrente hacía valer que el tribunal de instancia había basado su decisión en el dictamen del perito judicial, pero sólo en algunos aspectos del mismo, obviando otros. A su juicio, la anormalidad en el funcionamiento del servicio se concretaba en un inadecuado tratamiento con oxígeno; la omisión en el diagnóstico del informe de alta de toda referencia a la sordera; y la falta de toda información a la familia, lo que desplazó sobre ésta toda la carga, económica y afectiva, del seguimiento y eventual tratamiento de las incapacidades. En definitiva, la ceguera, la sordera y la mudez estaban en su argumentación íntimamente relacionadas derivando todas ellas del mal funcionamiento del servicio de atención a los neonatos. Tras un profundo análisis del

régimen legal y de la doctrina jurisprudencial acerca de la prueba, al que remitimos al lector interesado, concluye que la recurrente no ha acreditado el nexo causal, tal y como le correspondería, y que de los dictámenes periciales parece desprenderse que el origen del resto de las patologías es, precisamente, la inmadurez del neonato.

Finalmente, en la sentencia se plantea también el problema de qué ha de considerarse como reparación integral. La sentencia de instancia cifró el daño consistente en la ceguera (el único que consideró indemnizable) en 22.500.000 pesetas, la mitad de la cifra que la parte recurrente pedía por todo el conjunto de las secuelas; y desestimó la solicitud de constitución de un fondo de pensión de 200 millones de pesetas a favor del lesionado, para hacer frente a la renta mensual para atender a sus necesidades por su incapacidad laboral; a la renta mensual para pagar a una persona cualificada que le atienda, y al abono de los gastos realizados y los gastos futuros que sean precisos para la educación del menor en Centros Especializados a determinar en fase de ejecución.

Sin embargo, para el Tribunal Supremo, el rechazo de la solicitud de las dos pensiones para costear los gastos sanitarios y de atención del afectado ya supuso la toma en consideración de que la Administración responde sólo del daño derivado de la ceguera. En segundo lugar, no puede ser valorada una indemnización por ceguera en quien además es sordo, mudo, y minusválido psíquico, con el mismo parámetro que respecto de una persona que no tuviera estas minusvalías. A resultas de estas consideraciones, fija la cantidad en 45 millones de pesetas,

> "(...) porque, si bien el daño cuya causación es imputable a la Administración es únicamente la ceguera, no cabe prescindir, a la hora de cuantificar la indemnización de la situación real en la que efectivamente se encuentra una persona que habiendo quedado ciega por un daño que no tiene el deber de soportar, es también sorda y muda, y ha acabado sufriendo una parálisis cerebral. Porque si el mal funcionamiento del servicio público sanitario no le hubiera causado la ceguera, esos otros daños que tienen otra causa distinta, pues son resultado de un proceso degenerativo derivado de la inmadurez del neonato, tendrían, sin dejar de ser dramáticos, una trascendencia menor. No procede, en cambio, acceder a declarar derecho a pensión alguna, pues la necesidad de esa atención continua de otra persona no deriva de la ceguera que el mal servicio sanitario le provocó sino, como queda dicho, de la inmadurez del neonato".

Este último razonamiento no nos parece en modo alguno asumible, pues, a nuestro juicio, no resulta convincente y viene a suponer indemnizar *de facto* y subrepticiamente unos daños (sordera, mudez, minusvalía psíquica) que previamente se han declarado exentos del deber de indemnización, por no ser imputables a la actuación administrativa.

B) Responsabilidad sanitaria: exigencia al demandante de la acreditación de una actuación negligente por parte de la Administración

La **STS de 30 de enero de 2004**, Sala de lo Civil, Ar. 439, resuelve una reclamación en materia de daños sanitarios, desestimándola por falta de acreditación de actuación negligente

por parte de los servicios médicos, sin acudir a los mecanismos de inversión de la carga de la prueba fundados en la doctrina del daño desproporcionado o de la mayor facilidad de los servicios médicos para probar su actuar diligente, y ello pese a que el supuesto consiste en el fallecimiento de una joven a la que el médico de familia diagnosticó el día previo de amigdalitis. En efecto, la madrugada del día siguiente, el estado de la persona en cuestión empeoró y acudió al Servicio de Urgencias, donde el facultativo que la atendió manifestó que la joven "no tenía nada" y la envió a su domicilio, añadiendo que de persistir los síntomas, podía acudir a su médico de familia a la mañana siguiente. Sin embargo, la paciente empeoró y, trasladada a primera hora de la mañana a la consulta del médico de cabecera, falleció en la ambulancia que la trasladaba de la consulta al hospital.

La Sala de lo Civil parte de la necesidad, en casos como éste, de que el reclamante pruebe la negligencia, lo que no entiende acreditado, teniendo en cuenta que los informes forenses no definen la causa fundamental de la muerte. Descartada la responsabilidad del facultativo que atendió a la víctima en el Servicio de Urgencias, se descarta también la de la Administración sanitaria. Se aducía por la demandante cierta doctrina de la Sala Primera, según la cual, "cuando la reclamación se formula contra una Administración Sanitaria, los Tribunales se orientan en una línea de responsabilidad prácticamente objetiva, de suerte que la institución demandada es condenada a indemnizar por virtud del resultado acaecido, esto es, abstracción hecha de que quede acreditada en el juicio la culpa de algún concreto facultativo o, en general, de un profesional sanitario, de los que hubieren intervenido en la asistencia del enfermo. Cuando así ocurre, los Tribunales acuden a la idea de "conjunto de posibles deficiencias asistenciales", lo que exime al paciente de la prueba de en cuál de los momentos de la actuación médica se produjo la deficiencia y, por tanto, de la identidad del facultativo que hubiera podido incurrir en ella". Estima en esta ocasión sin embargo que:

> "No obstante, la aplicación de esta responsabilidad objetiva exige, en todo caso, la existencia de una relación de causalidad entre esas pretendidas deficiencias asistenciales, cualquiera que sea el personal médico o sanitario a quien sean imputables, y el resultado dañoso."

En el caso de autos, entiende que queda acreditado que no hubo deficiencia asistencial alguna, y, al ignorarse la causa de la muerte, no es posible establecer la responsabilidad administrativa.

No es posible saber cuál hubiera sido el desenlace de esta reclamación ante los tribunales contencioso-administrativos, dado que la Sala de lo Civil afirmó su competencia para conocer de dicha reclamación cuando se demanda al facultativo y a la Administración sanitaria, apelando a la necesidad de evitar el "peregrinaje de jurisdicciones", eso sí, bajo la normativa anterior a la entrada en vigor de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 y de la reforma de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común de 1999.

C) Daños sufridos por menores bajo la vigilancia de sus progenitores en dependencias administrativas: inexistencia de responsabilidad administrativa

El asunto sobre el que gira la **STS de 30 de septiembre de 2003,** Ar. 586, es el de un menor que acompaña a su madre a un ambulatorio y se introduce en un ascensor en un descuido de ésta, quedando atrapado su brazo, lo que le ocasiona secuelas.

La Sentencia de instancia descarta la responsabilidad administrativa, por inexistencia de funcionamiento anormal, dado que el ascensor se hallaba en perfecto estado de funcionamiento. Se argumenta por la recurrente que la naturaleza objetiva de la responsabilidad conduce a la irrelevancia del concepto de anormalidad como desencadenante de la responsabilidad.

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la carga de la prueba, ya que el recurrente sostiene que la objetividad del sistema implica un desplazamiento a la Administración del *onus probandi* acerca de la diligencia empleada. Entiende el Alto Tribunal que de la documentación aportada por la Administración acerca del estado del ascensor se deriva su buen estado de funcionamiento.

Asimismo, considera el recurrente que, conforme a las reglas civiles, compete a la Administración, que opone la excepción de culpa exclusiva de la víctima, su prueba. El Alto Tribunal estima que el accidente se debe a la culpa exclusiva del menor y de la madre, como queda acreditado en autos, y teniendo en cuenta que el menor no estaba en el ambulatorio para recibir asistencia alguna sino acompañando a su madre por lo que la Administración sanitaria no tenía deber de vigilancia alguna sobre él.

D) Accidente de circulación debido a fallo mecánico: inexistencia de responsabilidad administrativa

La **STS de 29 de abril de 2004,** Ar. 2657, contempla lo que consideramos un caso palmario de demanda abusiva que intenta llevar al extremo la objetividad del sistema. El conductor se sale de la carretera, aparentemente, por un fallo mecánico, y solicita indemnización a la Administración. El Tribunal Supremo pone el asunto en relación con su precedente STS de 6 de noviembre de 2003, Ar. 8605, y considera que:

> "(...) si el accidente se produjo por causa imprevisible ésta se origina fuera de la esfera de influencia de la Administración demandada y por tanto esa imprevisibilidad, al no poder concretarse más que en un fallo mecánico indetectable, nos llevaría a un supuesto de fuerza mayor. Decimos que esa imprevisibilidad que afirma el recurrente sólo puede concretarse en un fallo mecánico indetectable porque el accidente de tráfico solo puede tener tres causas básicas, el fallo humano que el recurrente niega, el defectuoso estado de la vía que ni siquiera se alega por el recurrente, y el fallo mecánico, fallo que si es debido a un defectuoso mantenimiento del vehículo sería imputable al titular, en este caso el recurrente, y si se trata de una fallo imprevisible por indetectable estaríamos ante un supuesto de fuerza mayor."

E) Principio de proporcionalidad en la actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad

El supuesto analizado en la **STS de 9 de febrero de 2004,** Ar. 982, es el de un Guardia Civil que persigue por la carretera a un infractor de las normas de tráfico que desobedece la orden de detención. Abre fuego contra la parte trasera del vehículo, pero, por error, en lugar de realizar un solo disparo, el arma suelta una ráfaga hiriendo al conductor. Éste reclama indemnización alegando que hubo una desproporción en los medios utilizados para su detención. La jurisprudencia del Tribunal Supremo considera, con carácter general, que la huida de una persona ante el requerimiento policial de detención no constituye conducta que justifique el empleo de armas de fuego para impedirla, salvo que se trate de una situación de real e inminente peligro para la vida o integridad física de los agentes que las utilizan o de terceras personas. En el caso de autos, y teniendo en cuenta que el reclamante iba conduciendo temerariamente, haciendo adelantamientos prohibidos en zonas de curvas, estima que se generó un evidente peligro para la vida o la integridad física del resto de los vehículos, por lo que no cabe excluir la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión de intentar detener al reclamante disparando a las ruedas del vehículo. Sin embargo, el error al disparar el arma en ráfaga, que fue determinante para la producción del resultado lesivo, dibuja un supuesto de funcionamiento anormal, "y por eso merecedor en principio de la correspondiente participación de la Administración a la hora de reparar la lesión producida", de forma que revoca la decisión de la instancia de excluir la responsabilidad administrativa. (Sin embargo, desestima la demanda por entender que la acción se encontraba prescrita, como veremos en el apartado de esta misma Crónica dedicado a la acción de responsabilidad.)

4. ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO

A) Funcionario público que padece una enfermedad profesional: deber de soportar el daño

En anteriores números de estas Crónicas hemos tenido ocasión de comprobar cómo, cuando un militar o un agente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sufre daños conectados con los riesgos propios de su profesión y la Administración ha puesto a su disposición los medios necesarios para tratar de prevenirlos, ha de asumir el daño soportado (desde la perspectiva indemnizatoria, claro está, lo que no obsta para que pueda obtener compensación con base en otros títulos). Pues bien, este mismo principio se aplica también a otros colectivos funcionariales que soportan asimismo riesgos profesionales como, en el caso de autos, un especialista en medicina nuclear, que es el demandante en la **STS de 29 de enero de 2004,** Ar. 572, que deniega su pretensión indemnizatoria por las cataratas sufridas a consecuencia de su ejercicio profesional.

El Tribunal Supremo entiende que no ha quedado acreditado el funcionamiento anormal alegado, consistente en no habérsele facilitado las medidas de protección reglamentaria

establecidas "o cualesquiera otras que resultaran obligatorias o incluso recomendables atendida su eficacia preventiva". Se trataba de "un riesgo conocido por la recurrente que estaba especialmente calificada para dirigir el funcionamiento de la instalación de medicina nuclear del centro sanitario en que desarrollaba su actividad profesional, así como la actividad de los operadores que desarrollan su trabajo en la misma". Por tanto, era un riesgo aceptado por la recurrente, lo que hace que no pueda considerarse antijurídico. La Sentencia de instancia consideraba, además, que el daño había quedado suficientemente indemnizado con la pensión de invalidez reconocida, doctrina esta que corrige, aun sin efectos prácticos para el caso de autos, el Tribunal Supremo.

B) Esterilización conforme a la *lex artis* seguida de embarazo: deber de soportar el daño

En crónicas anteriores hemos tenido ocasión de comentar diversos pronunciamientos sobre supuestos de operaciones de esterilización seguidas de embarazos. Comprobamos entonces cómo la jurisprudencia destaca que se trata de intervenciones no curativas y que, por ello mismo, se agudiza la obligación de los servicios médicos de informar adecuadamente al paciente acerca de los riesgos de la operación así como de las posibilidades estadísticas de que la intervención no consiga los resultados queridos, pese a haber sido realizada correctamente (hay un porcentaje actualmente inevitable de recanalizaciones naturales). Cuando la actuación administrativa ha sido correcta, y, pese a ello, se produce un embarazo (lógicamente, no deseado, por quien ha pretendido precisamente evitarlos *pro futuro*), no cabe hablar de lesión antijurídica y no surge, por ello, el derecho a obtener una indemnización.

Uno de estos supuestos, en el período considerado, lo constituye la **STS de 30 de marzo de 2004,** Ar. 2321. El Tribunal Supremo confirma la Sentencia de instancia, que considera probado que la operación quirúrgica encaminada a la ligadura de trompas de la actora se llevó a cabo de forma correcta y empleando una técnica *ad hoc* y que la producción de un embarazo posterior no es sino consecuencia del fallo estadístico previsto médicamente que no puede ser desechado como posible, según se informó oportunamente a la demandante y a su esposo prestaron su total consentimiento, firmando éste, lo que se considera prueba suficiente del mismo.

C) Contagio de virus del SIDA o de la hepatitis C: cláusula del estado de los conocimientos

Continúa el goteo incesante de pronunciamientos sobre el trágico asunto de los contagios de graves enfermedades por vía transfusional, al que hemos dedicado largas páginas de estas Crónicas. Se encuentra ya plenamente asentado el principio según el cual, cuando el contagio tuvo lugar antes del aislamiento del virus y del descubrimiento de los primeros reactivos a nivel mundial, la persona que sufrió el daño tiene el deber jurídico de soportarlo. Como testimonio en el período de referencia, véanse, por ejemplo, las **SSTS de 23 de febrero de 2004,** Ar. 2236, **de 2 de abril de 2004,** Ar. 2446, **de 15 de abril de 2004,** Ar. 2630, **de 26 de abril de 2004,** Ar. 2463.

D) Abono del impuesto de actos jurídicos documentados en el País Vasco para beneficiarse de un tipo impositivo inferior al existente en otras Comunidades Autónomas: obligación de soportar el daño cuando se hace un uso fraudulento de las posibilidades que brinda el ordenamiento jurídico

Sumamente interesante resulta el supuesto que resuelve la **STS de 29 de abril de 2004,** Ar. 2654, en la medida en que suscita la cuestión de si, en determinadas circunstancias, los particulares tienen que soportar los daños derivados de la aplicación de una norma posteriormente declarada ilegal. En concreto, cuando actúan aprovechando de forma fraudulenta los recovecos del sistema legal. En concreto, se trataba de sociedades que venían acudiendo a notarías del País Vasco para abonar en dicha Comunidad el impuesto de actos jurídicos documentados y beneficiarse así del tipo impositivo allí vigente, sensiblemente inferior al del territorio común. El Real Decreto 675/1993, de 7 de mayo, modificó el artículo 142 del Reglamento Notarial para poner coto a la libertad de elección notarial, siendo esta reforma declarada nula por STS de 28 de octubre de 1995, Ar. 8544, lo que animó a determinadas sociedades a reclamar indemnización por la diferencia entre la cuantía del impuesto efectivamente abonados durante el período de vigencia de dicho Real Decreto y la inferior que hubieran debido abonar de no haberse aprobado y haber seguido utilizando las notarías del País Vasco.

El Tribunal Supremo se remite a su pronunciamiento sobre una demanda similar en la STS de 18 de octubre de 1997, Ar. 7942. Entiende que no concurre el nexo de causalidad entre la disposición anulada y la limitación, mientras fue aplicada, de su derecho a la libre elección de Notario,

> "(...) ya que los administradores y representantes de las Sociedades Anónimas demandantes, al acudir a las Notarias abiertas en el País Vasco para otorgar tan elevado número de escrituras, no tuvieron como finalidad escoger un Notario de su confianza sino, como reconocen en su demanda, beneficiarse de un privilegio fiscal propio de los aludidos territorios históricos, abusado, en fraude de los preceptos fiscales que les eran aplicables, del indicado derecho a la libre elección de Notario, por lo que el precepto anulado no les privó de usar correcta y legítimamente su derecho a elegir Notario sino que les impidió obtener una ventaja fiscal de la que no eran naturales destinatarios".

Asimismo, tampoco puede hablarse de daño antijurídico, en la medida en que:

> "(...) las entidades reclamantes venían obligadas, de no haber realizado un uso abusivo y fraudulento de su derecho a la libre elección de Notario, a pagar el tipo de gravamen del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados vigente fuera de los territorios históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, consistente (como hemos indicado) en el resto de las Comunidades Autónomas (salvo Navarra) en un 0'50 por ciento, por lo que la Administración del Estado demandada no es responsable de la restitución de la diferencia entre este tipo de gravamen satisfecho y el reducido aplicable en los indicados territorios históricos".

La *ratio decidendi* parece clara, e incluso puede parecer *éticamente* loable: no existe obligación de indemnizar cuando, el particular ha utilizado fraudulentamente los mecanismos legales. Ahora bien, ello no es óbice para reconocer que, cuando ese "fraude" es una posibilidad abierta y permitida por un ordenamiento jurídico que permite diferencias en el régimen fiscal entre las diferentes Comunidades Autónomas, la argumentación resulte *jurídicamente* controvertida.

5. DAÑO INDEMNIZABLE

A) Compatibilidad de pensiones extraordinarias e indemnización por daños, y cálculo de esta última conforme al criterio orientador que supone el baremo para accidentes de circulación

La **STS de 17 de noviembre de 2003**, Ar. 664, analiza un tema al que ya hemos dedicado nuestra atención en diversos números anteriores de estas Crónicas, cual es el de la compatibilidad entre pensiones extraordinarias e indemnización por daños, y el de la cuantificación de esta última.

Solicitan en este caso indemnización los padres de la víctima, fallecida en acto de servicio, a los que la sentencia de instancia ha reconocido una indemnización de cuatro millones de pesetas a percibir por partes iguales, indemnización que estiman insuficiente (reclamaban treinta millones cada uno). Pese a reconocer la necesaria valoración subjetiva que implica la indemnización a tanto alzado por daños morales, el Tribunal Supremo considera que "por ninguna parte resulta qué tipo de parámetros objetivos ha utilizado la Sala de instancia para concluir que el daño moral causado a los padres por la muerte del hijo deba cuantificarse en esa cifra". La recurrente proponía, como solución subsidiaria, la cuantificación conforme a los baremos aprobados en materia de accidentes de circulación, correspondientes al año del fallecimiento y con la correspondiente actualización.

La utilización de estos baremos

> "(...) es solución que (...) este Tribunal Supremo ha aplicado más de una vez como criterio orientador –es decir, no necesariamente vinculante– que permite objetivar la cuantía de la indemnización.
>
> Por ello, es así como debió proceder la Sala de Instancia. Y no sólo porque debe respetar la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando así proceda en razón de la identidad entre los casos analizados en uno y otro caso, sino porque esa solución ofrece una doble ventaja: permite, como acabamos de decir, objetivar la cuantificación, y permite también adaptar los datos que las tablas proporcionan a las peculiaridades de cada caso mediante el ejercicio de la libertad estimativa que es inherente a la función judicial".

En consecuencia, fija la indemnización en unos catorce millones de pesetas para cada progenitor.

Obsérvese que, una vez más, no se deduce nada en consideración a la pensión reconocida, pese a que el principio general proclamado es el de que la pensión reconocida debe tenerse en cuenta a la hora de fijar la posterior indemnización (se entiende, reduciendo su cuantía).

B) Rigurosidad en la exigencia de acreditación del daño

Como ya hemos tenido ocasiones de comprobar en números anteriores de estas Crónicas, la exigencia de acreditación del daño es en ocasiones muy elevada, por no decidir, excesiva, cuando aquél no consiste en un daño emergente sino en un lucro cesante o en un daño moral.

En la **STS de 24 de marzo de 2004,** Ar. 1951, el presupuesto es la denegación a una serie de personas por parte de la Dirección General de Aviación Civil de la convalidación de sus licencias aeronáuticas obtenidas en Portugal. La sentencia de instancia anuló las resoluciones administrativas denegatorias y ordenó a la Administración que procediera a convalidar licencias aeronáuticas obtenidas por todos ellos en Portugal. La demanda argumentaba que los recurrentes se habían visto obligados a soportar determinados gastos (daños emergentes) que reclamaban y habían sido privados de la posibilidad de trabajar en España dejando de percibir las retribuciones correspondientes (lucro cesante); añadían, además, que habían sufrido "un daño moral inconmensurable" cuya indemnización cifraban en doce millones de pesetas. La sentencia de instancia, sin embargo, desestimó, la pretensión indemnizatoria que habían formulado los recurrentes, por falta de prueba suficiente de que los recurrentes hubieran encontrado trabajo en el caso de que la Administración hubiera atendido su solicitud, sin pronunciarse acerca del alegado daño emergente, ni sobre los daños morales.

El Tribunal Supremo desestima la pretensión por falta de prueba del daño patrimonial y moral, mediante el siguiente argumento:

> "En abstracto nada impide sostener que una decisión administrativa de este género, ulteriormente anulada, puede haber tenido para sus destinatarios consecuencias económicas desfavorables y causado una serie de daños y perjuicios que han de ser indemnizados. Pero cuando en un proceso singular se pasa del plano abstracto al plano individual y en él se ejercita una acción específica de resarcimiento, además de la propiamente anulatoria, es preciso demostrar que efectivamente aquellos daños tuvieron lugar, pormenorizando en qué se han traducido las consecuencias económicas desfavorables para cada uno de los recurrentes. Si no se realiza tal demostración a lo largo del proceso en que se pretenda el resarcimiento y la parte demandada ha negado la existencia misma de los daños y perjuicios meramente afirmados por la demandante, los tribunales no pueden acceder a la pretensión de ésta. Por mucho que, insistimos, en abstracto se pueda sostener la causación del perjuicio, su efectiva existencia en un caso singular debe ser probada, pues precisamente para ello se pone en marcha el mecanismo procesal en el que se ejercita la acción

de resarcimiento. Añadiremos que la demostración del daño debe hacerse precisamente en el proceso que culmina con la sentencia, no en la ejecución de ésta: pues la existencia de aquél y su prueba es el presupuesto lógico para que la sentencia pronuncie la condena a indemnizar. Si no se da este presupuesto, el fallo del tribunal no puede en buena lógica condenar al resarcimiento, del mismo modo que no cabe deferir para la ejecución de sentencia lo que es justamente el objeto principal (o, en este caso, uno de los objetos principales) de la demanda."

Entiende que falta la acreditación de los alegados daños patrimoniales, y en cuanto al daño moral, los propios actores admitían que podría serles reparado parcialmente con la anulación de los actos administrativos recurridos. Dado que la anulación se ha producido, esta parte de su pretensión habría quedado satisfecha. Añadían que debería serlo también con la condena a la Administración del Estado al pago de la cantidad "prudencial" de doce millones de pesetas, pero para fijar esta cifra acudían a parámetros que, a juicio del Tribunal Supremo, poco tienen que ver con el daño moral. Toman en consideración "el salario medio de un piloto comercial de avión con habilitación IFR sin ninguna antigüedad, es decir, recién incorporado; el tiempo transcurrido desde que formuló la solicitud de reconocimiento de su licencia y el que habrá de transcurrir hasta que se dicte sentencia en la presente litis y la Administración proceda a su efectivo cumplimiento, así como las limitaciones de las expectativas profesionales a que antes hacíamos referencia", partidas que tendrían su acomodo en el lucro cesante, no en este apartado.

Por su alcance general, resulta interesante reproducir las consideraciones desplegadas en esta sentencia acerca del daño moral:

"En efecto, los daños morales, por oposición a los meramente patrimoniales, son los derivados de las lesiones de derechos inmateriales y no tienen propiamente un equivalente económico en cuanto tal aun cuando, obviamente, pueden generar en quien los ha sufrido un derecho a la compensación pecuniaria o reparación satisfactoria. Como se afirma en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002, el concepto de daño moral 'no comprende aspectos del daño material'. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo; es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es del hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del *pretium dolores*. Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial.

Si es cierto que la noción de daño moral ha sufrido una progresiva ampliación, de la que da fe la sentencia de la misma Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000, también lo es, según dicha sentencia se encarga de refrendar, que 'la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (...) o espiritual (...) impotencia, zozobra, ansiedad, angustia', estados de ánimo permanentes o de una cierta intensidad que no necesariamente se identifican con

> la carga derivada de acudir a un procedimiento jurisdiccional para obtener la anulación de un acto administrativo contrario a la solicitud formulada. En todo caso, insistimos, los propios actores reconocen que la estimación de su pretensión restablece, en cierto modo, el equilibrio alterado por la actuación administrativa no conforme a derecho."

En cuanto al lucro cesante, se había hecho valer mediante una referencia indeterminada a los "años perdidos como consecuencia de la denegación del reconocimiento de las licencias". El Tribunal Supremo considera que:

> "La tesis de los recurrentes adolece de una cierta ambigüedad (e incluso contradicción) en este punto, pues si, como afirman, algunos llegaron a realizar las pruebas adicionales exigidas por las autoridades españolas, estaban con ello en disposición de actuar como miembros de las tripulaciones de vuelo de aeronaves con matrícula española o con matrícula extranjera dentro de los límites del espacio aéreo español, lo que se opone a su afirmación de que se vieron imposibilitados para trabajar en España.
>
> En todo caso, la indemnización por el lucro cesante requiere demostrar que se ha producido, de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes. Tras la obtención de la licencia aeronáutica, su obligado reconocimiento habría puesto a sus titulares en situación de aspirar a un trabajo en las líneas aéreas que operaban en España, pero ni necesariamente tenían seguridad de conseguirlo ni nada les impedía trabajar en otras. En todo caso, se hubiera requerido una más cumplida acreditación de las condiciones de aquel mercado laboral y de las expectativas de encontrar un empleo consecutivo, de modo inmediato, a la obtención de la licencia portuguesa si ésta hubiera sido automáticamente asimilada a la española. Excluidas de aquel concepto las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas, según reiterada jurisprudencial del Tribunal Supremo, que no computa las dejadas de percibir que sean posibles pero derivadas de resultados inseguros, difícilmente puede entenderse probado, en este caso singular, la existencia de un lucro cesante indemnizable."

6. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y PROCEDIMIENTO. *DIES A QUO:* EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA NO ES ÓBICE PARA UNA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA REGULACIÓN LEGAL

En el apartado dedicado al análisis de la objetividad del sistema, tuvimos ocasión de comentar la **STS de 9 de febrero de 2004,** Ar. 982, cuyo presupuesto es el de un Guardia Civil que persigue por la carretera a un infractor de las normas de tráfico que desobedece la orden de detención. Como avanzamos entonces, el Tribunal Supremo estimó la alegación de prescripción. Los hechos habían sucedido en la lejana fecha de 1978 y la reclamación databa de 1995, de modo que el dato esencial era el relativo a la fecha en que las lesiones pudieron considerarse estabilizadas. La Sentencia de instancia destacaba cómo en estos casos la jurisprudencia interpreta el *dies a quo* con cierta flexibilidad, por razones de tutela

judicial efectiva. Sin embargo, el Tribunal Supremo sale al paso de esta interpretación de las exigencias del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva,

> "(...) ya que éste es un derecho que ampara por igual a ambas partes en el proceso, la que demanda y la que opone la prescripción de la acción ejercitada, por lo que el tema a dilucidar no es propiamente el contenido de aquel derecho constitucional de índole procesal, sino el de determinar si materialmente puede aceptarse o no si cuando el lesionado ejercitó la acción había transcurrido el año que la Ley fija como plazo de prescripción, lo cual sería en todo caso un acontecimiento ocurrido fuera del proceso y por eso no implicado propia y sustancialmente en el ámbito peculiar del conjunto de garantías y principios procesales que se engloban en el derecho a la tutela judicial efectiva".

El tribunal de instancia, ante la disparidad de criterios periciales sobre la fecha de estabilización de las secuelas, optó por entrar en el fondo (tal vez, añadimos nosotros, teniendo en cuenta que el pronunciamiento iba a ser desestimatorio). Para el Tribunal Supremo, esta decisión se justificó, no por el derecho a la tutela judicial efectiva y sus exigencias, sino por una cuestión de carga de la prueba, ya que en este caso corresponde a la Administración, al ser la que opone la excepción, acreditar la prescripción. El Alto Tribunal considera, sin embargo, que de los dictámenes médicos traídos al proceso se deduce que la acción se encontraba prescrita cuando se formuló la reclamación.

7. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR

A) Declaración de inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios públicos y responsabilidad del legislador: importancia de atender al pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca del alcance de dicha declaración

Desde estas páginas nos hemos convertido, autores y lectores, en atentos seguidores de la apasionante formación de un *corpus* de doctrina jurisprudencial en materia de responsabilidad del legislador, por obra de la labor pretoriana del Tribunal Supremo, una doctrina íntimamente relacionada con el tema nuclear y aún no suficientemente elaborado del alcance de las declaraciones de inconstitucionalidad contenidas en las sentencias del Tribunal Constitucional.

Un nuevo paso en este camino lo constituye la **STS de 2 de febrero de 2004,** Ar. 1388. Su presupuesto es la adquisición por un ciudadano de una finca y la posterior autoliquidación por el concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados. En aplicación de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios públicos, que regula el tratamiento fiscal de las diferencias de valor resultantes de la comprobación administrativa, se practicó liquidación provisional por el concepto de Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que fue recurrida sin éxito, procediéndose al apremio sobre el patrimonio por falta de pago voluntario. Se reclama entonces indemnización argumentando que dicha Disposición Adicional fue declarada inconstitucional por la STC de 19 de julio de 2000.

Para el Abogado del Estado, hay un elemento diferencial clave respecto a las sentencias que reconocen responsabilidad por aplicación de la tasa del juego, y que hemos comentado en diversas ocasiones en estas Crónicas, cual es la declaración hecha por el Tribunal Constitucional en el fundamento de derecho duodécimo de la sentencia en la que declaró inconstitucional la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 8/1989, de 9 de abril, de Tasas y Precios Públicos. En efecto, en esta ocasión la Sentencia del Tribunal Constitucional se pronunció acerca del alcance de la declaración de inconstitucionalidad, estableciendo que "al igual que en otras ocasiones y, por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), conviene declarar que, únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas, con fundamento en esta Sentencia, aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza al haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme sobre las mismas (art. 40.1 LOTC)".

En materia de responsabilidad, afirma el Tribunal Supremo,

> "(...) habrá que estar a que exista o no declaración expresa del Tribunal Constitucional acerca del alcance de la declaración de inconstitucionalidad que pronuncia, como ocurre en este caso. El término que utiliza la sentencia es suficientemente expresivo 'situaciones susceptibles de revisión' y el mismo se aplica a aquellas que 'no hayan adquirido firmeza al haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme sobre las mismas'. Sin duda, éste es el supuesto; la situación creada por la Administración al comprobar la valoración dada a los bienes objeto de la compraventa quedó firme y consentida, de modo que cuando se dictó la sentencia de la que dimana la acción de responsabilidad patrimonial que se ejercita, aquélla había adquirido firmeza, puesto que se había producido una resolución administrativa firme sobre ella. Creemos por otra parte que la expresa prohibición del Tribunal Constitucional veda cualquier otra acción de distinta naturaleza de la que sugiere el concepto de revisión, que sí alcanzaría sin duda a la acción de revisión del artículo 102 de la Ley Reguladora de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y, que, por obvias razones de seguridad jurídica, ha de hacerlo también con la que deriva de los artículos 139 y siguientes de la misma Ley. Entenderlo de otro modo desnaturalizaría la decisión del Tribunal Constitucional. En consecuencia procede desestimar la demanda interpuesta".

B) Artículo 111 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido y responsabilidad por infracción del Derecho comunitario

Como es sabido, sólo a partir de comienzos de los noventa, el Tribunal de Luxemburgo inició una línea, posteriormente desarrollada y afianzada, que afirma la responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho comunitario, cualquiera que sea el poder público del que dicha infracción provenga.

Traemos aquí una importante sentencia sobre esta cuestión. Se trata de la **STS de 29 de enero de 2004,** Ar. 1077. El asunto que le da origen es el de una empresa inmobiliaria que

reclama indemnización por la cantidad que tuvo que abonar a la Hacienda estatal como consecuencia de un acta de inspección por la deducción supuestamente indebida de IVA en 1997. La normativa española (a la sazón, el artículo 111 de la Ley 37/1992), difería del derecho a la devolución al momento de inicio efectivo de la actividad empresarial, que no se había producido aún en 1997. Sin embargo, la STJCE de 21 de marzo de 2000 entendió que la normativa nacional era contraria al Derecho comunitario, ya que el derecho surge también en un momento anterior, siempre que resulte acreditada la seria y razonada intención de iniciar la actividad, lo que en el caso de autos había quedado constatado. La Administración oponía que la indemnización solicitada tenía su origen en un acto firme.

El Tribunal Supremo lleva a cabo en esta sentencia un repaso de la jurisprudencia comunitaria en torno a las acciones nacionales de recuperación del importe de tributos ingresados por las Autoridades nacionales en infracción del Derecho comunitario. No existe aún legislación comunitaria que regule las condiciones procesales y de fondo de dichas acciones, por lo que corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales y regular los procedimientos de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, con dos condiciones: dichos procedimientos no pueden ser menos favorables que los aplicables en recursos semejantes de naturaleza interna; ni hacer imposible en la práctica, o excesivamente difícil, el ejercicio de derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

En principio, una sentencia comunitaria que, al hilo de una cuestión prejudicial, interpreta una norma comunitaria y pone de manifiesto la incompatibilidad entre dicha interpretación y una norma nacional no añade nada, desde el punto de vista de la eficacia temporal, a la vigencia de dicha norma, de tal modo que las sentencias del Tribunal de Justicia que realizan este cometido podrían aplicarse a todo tipo de situaciones jurídicas reguladas por la norma comunitaria objeto de interpretación, con independencia de sus elementos temporales. Sin embargo, ello no significa que las sentencias del Tribunal de Justicia dictadas sobre cuestiones prejudiciales de interpretación tengan una eficacia exorbitante que se imponga a todo tipo de relaciones jurídicas anteriores, agotadas o no. Por el contrario, su eficacia debe ser referida a aquellas situaciones jurídicas que, según el Derecho interno, sean aún susceptibles de controversia o de revisión y que, por ello, puedan someterse a la decisión de un órgano jurisdiccional.

El Tribunal Supremo, a partir de la consideración de que lo ejercitado es una acción de responsabilidad, y no una acción de recuperación de lo indebidamente abonado, se remite a su doctrina sentada con ocasión de las demandas de indemnización que siguieron al pronunciamiento del Tribunal Constitucional que declaró la inconstitucionalidad de la tasa sobre el juego, según la cual, el *dies a quo* para ejercitar la acción de responsabilidad por la aplicación de leyes inconstitucionales computa desde la publicación de la sentencia que declara la inconstitucionalidad. El razonamiento entonces fue el siguiente, como recuerda la propia sentencia:

> "Esta Sala, sin embargo, estima que no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una Ley la de

recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional. La Ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la Ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa. Es sólo el tribunal el que tiene facultades para plantear 'de oficio o a instancia de parte' al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la Ley relevante para el fallo (artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

La interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una Ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuera menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha Ley, para agotar las posibilidades de que el tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad. Basta este enunciado para advertir lo absurdo de las consecuencias que resultarían de dicha interpretación, cuyo mantenimiento equivale a sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable."

Sin embargo, considera que esta doctrina no es aplicable a los supuestos de daños derivados de la aplicación de Leyes contrarias al Derecho comunitario.

"Esta doctrina no es trasladable a los supuestos en que una norma, en nuestro caso el artículo 111 de la Ley 37/1992, es contrario a la legislación europea ya que tal contradicción es directamente invocable ante los tribunales españoles y por tanto la recurrente pudo recurrir en vía administrativa primero y en vía contenciosa después al acta de liquidación y tanto la administración como la jurisdicción posteriormente debían haber aplicado directamente el ordenamiento comunitario. La recurrente en este caso, al contrario de lo que acontece en los supuestos de gravamen complementario de la tasa de juego, sí era titular de la acción por invocar la contradicción entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento comunitario que debía ser aplicado directamente por los tribunales nacionales incluso aun cuando no hubiese sido invocado expresamente, por tanto la doctrina del acto firme y consentido unida al principio de seguridad jurídica justifica en este caso, el contrario de lo que hemos establecido en las sentencias citadas sobre ingreso indebido del gravamen complementario, la no aplicación al caso de autos de la doctrina sentada en aquellas sentencias y la desestimación de la pretensión indemnizatoria ya que la recurrente, al no impugnar el acta de conformidad levantada por la Agencia Tributaria, está obligada a soportar el perjuicio causado al no concurrir en el caso que nos ocupa la misma circunstancia que en las sentencias de esta sala anteriormente citadas."

"Por otra parte en el caso que enjuiciamos la responsabilidad patrimonial que se demanda, de existir, lo sería por infracción de la normativa comunitaria, infracción que es apreciada en sentencia que resuelve una cuestión prejudicial y que por tanto no acarrea *per se* la

> desaparición *ex tunc* de la norma del ordenamiento jurídico, al contrario de lo que ocurre con una sentencia de inconstitucionalidad, ello con independencia de que los efectos de la nulidad de la Ley inconstitucional normalmente sean *ex nunc* correspondiendo al Tribunal apreciar su alcance en cada caso."

A ello se le suma un argumento *ad abundantiam*: no concurren dos de los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad por infracción del Derecho comunitario:

> "Estando como estamos por tanto ante un supuesto de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho comunitario, para que tal responsabilidad pueda apreciarse el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha venido estableciendo que deben darse al menos tres requisitos, a salvo de que el ordenamiento interno sea más favorable, a saber: que la norma tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la infracción sea suficientemente caracterizada y finalmente que exista nexo de causalidad directo entre el actuar del Estado miembro, la infracción del Derecho Comunitario, y el resultado dañoso producido. En el caso que nos ocupa cabe cuestionar la concurrencia del segundo y tercer requisitos citados.
>
> La relevancia de la infracción no cabe apreciarla por la simple dilación temporal en cuanto al momento en que puede efectuarse la deducción. El derecho del particular a efectuar la deducción no se cuestiona, la norma estatal únicamente fija el momento en que cabe efectuar aquélla pero sin cuestionarla. La negativa de la deducción sí sería infracción relevante en cuanto implicaría la negación del derecho del particular, pero no acontece lo mismo si lo único que se produce es un retraso en el tiempo para llevar a cabo la deducción.
>
> En cuanto a la relación directa entre la infracción de Derecho comunitario y el daño tampoco cabe apreciarlo ya que el daño alegado no es consecuencia directa de la norma estatal, el daño surge como consecuencia de un acto de aplicación y del no ejercicio por la recurrente de la acción de reintegro en los términos establecidos por la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades anteriormente expuesto. En modo alguno estamos ante una norma autoaplicativa, en terminología del Tribunal Constitucional, ya que no estamos ante una Ley singular que tenga efectos retroactivos sobre situaciones producidas con anterioridad."

La consecuencia es la desestimación de la acción de responsabilidad, sin perjuicio de la posibilidad, sometida a sus propios requisitos procesales, de ejercitar la acción de reintegro:

> "Como consecuencia de lo hasta aquí dicho es la desestimación del recurso contencioso, ello sin perjuicio de que la recurrente pueda si no se ha cumplido la fecha para ello, ejercitar la acción de reintegro al amparo de la doctrina del Tribunal Europeo o incluso a efectuar la deducción que corresponda si no han transcurrido los plazos previstos en la legislación del IVA para llevarla a cabo y sin que pueda tampoco invocarse en favor de la tesis de la recurrente la doctrina del Tribunal de Justicia de que ningún Estado puede beneficiarse de sus infracciones del Ordenamiento Comunitario, en este caso la causa del fracaso de la acción que se ejercita es la no actuación de la recurrente que no impugna

el acto administrativo ni ejerció la acción de devolución al amparo de la sentencia del Tribunal de Justicia que invoca."

Esta sentencia merece, sin duda, un comentario pausado que excede del formato de estas Crónicas, pero no nos resistimos, al menos, a hacer algunas consideraciones.

La Sentencia, a nuestro juicio, acumula una serie de afirmaciones discutibles, que probablemente podría haber obviado, limitándose, como por cierto hace el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a señalar que en estos casos no se ejercita una acción de responsabilidad sino de devolución de ingresos indebidos, sometida a sus propios requisitos procedimentales y de fondo, de modo que la utilización en estos casos de la acción de responsabilidad supone una desviación de procedimiento. De hecho, a este razonamiento parece responder el inicio y el final de la Sentencia, pero su cuerpo, sin embargo, entra en consideraciones en torno a las relaciones entre las sentencias interpretativas comunitarias y las acciones de responsabilidad nacionales sumamente discutibles.

A nuestro juicio, resulta polémica la argumentación desarrollada para mostrar las presuntas diferencias en los presupuestos de las acciones de responsabilidad por aplicación de leyes inconstitucionales y contrarias al Derecho comunitario. La presunción de validez de las leyes juega en ambos casos, y ni siquiera es cierto que, frente a lo que ocurre respecto de las leyes inconstitucionales con la cuestión de inconstitucionalidad, la situación sea muy diferente en relación con las leyes contrarias al Derecho comunitario y la cuestión prejudicial. El particular que trata de hacer valer la contradicción entre una norma nacional y otra comunitaria, en realidad, no puede plantear por sí mismo dicha contradicción ante el juez comunitario, ni tan siquiera instar de forma vinculante a la Administración o a los jueces nacionales para que lo hagan. Esta obligación tan sólo pesa sobre los tribunales contra cuyas decisiones no cabe recurso alguno, y aun así, está sometida a la excepción, interpretada por los tribunales nacionales de forma cada vez más amplia, de la teoría de la relevancia y del acto claro, conforme a las cuales no es preciso plantear dicha cuestión prejudicial si el tribunal entiende que no es necesario para resolver el conflicto o que el sentido de la norma comunitaria (y, con ello, la conformidad con la misma de la norma nacional) no necesita mayor aclaración por parte del Tribunal de Luxemburgo. En estas condiciones, declarar con carácter general que el plazo que tiene un ciudadano al que se le aplica una ley nacional causándole un daño computa en todo caso desde dicha aplicación, y no, como ocurre en el caso de las reclamaciones de daños derivados de leyes inconstitucionales, desde la publicación de una sentencia comunitaria que ponga de relieve la contradicción de la norma nacional y la comunitaria, puede resultar excesivo. Y, además, y como se colige, puede ir en contra de los dos requisitos a los que ha condicionado la jurisprudencia comunitaria la aplicación a las demandas de responsabilidad por infracción del Derecho comunitario de los principios nacionales: el de efectividad, de una parte, y el de equivalencia, de otra.

Igualmente polémica resulta la apreciación, en el caso concreto, de la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad, tal y como han sido formulados por el Tribunal de

Luxemburgo. De una parte, por cuanto la gravedad de la infracción no depende de que se deniegue del todo el derecho, o sólo "parcialmente", sino, principalmente, del grado de claridad o de evidencia de la contradicción entre la norma comunitaria y la nacional. De otra, porque señalar que en un caso como el presente no concurre una relación de causalidad directa resulta, a nuestro juicio, indefendible y contradictorio tanto con la jurisprudencia comunitaria como con la nacional dictada en torno a las acciones de responsabilidad por daños derivados de leyes (aplicadas, claro está, por la Administración; piénsese en el supuesto estrella del gravamen complementario sobre la tasa del juego).

Finalmente, la sentencia obvia por completo que, como el propio Tribunal Supremo reconoce en línea de principios, es de aplicación el principio de equivalencia, de tal modo que en un supuesto como el presente no puede exigirse una especial gravedad de la infracción (ya que no se exige para las reclamaciones equivalentes fundadas en el Derecho nacional; piénsese, de nuevo, en el supuesto antes citado) ni un nexo causal distinto al expresado.

En fin, este pronunciamiento sienta principios sumamente discutibles, mostrando algo ya conocido, y es que una sentencia debe huir de dos tentaciones sumamente arriesgadas, cuando no es absolutamente necesario: la formulación de "doctrina general" y la utilización de argumentos *ad abundantiam*.

8. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. PRISIÓN PREVENTIVA SEGUIDA DE LIBRE ABSOLUCIÓN POR INEXISTENCIA OBJETIVA. DELITO PROVOCADO

Como es sabido, el padecimiento de prisión provisional seguida de libre absolución por inexistencia subjetiva u objetiva constituye un supuesto indemnizable. En estos casos, el meollo del asunto estriba siempre en deslindar cuándo la absolución se basa en el principio de presunción de inocencia y la falta de prueba, y cuándo, por el contrario, ha quedado efectivamente acreditado que el imputado no cometió el delito (inexistencia subjetiva) o que no existió delito alguno (inexistencia objetiva).

En la **STS de 9 de febrero de 2004,** Ar. 980, se trataba de un inmigrante en precario estado económico que había sido inducido por un agente de la policía a hacer de intermediario en la compra de droga, con el objeto de atrapar al vendedor.

El Abogado del Estado entendía que, pese a no ser responsable penal por aplicación de la teoría de la inducción y el delito provocado, y, por tanto, estar ante un supuesto de inexistencia de responsabilidad criminal, no podía hablarse aquí de la inexistencia objetiva que exige el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Al respecto, argumentaba que el delito provocado exige, en la dogmática penal, "que la provocación –en realidad, una forma de instigación o inducción– parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el *iter criminis*, desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, que es por ello la verda-

dera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista *ab initio* intervención policial (...) Pero, no existe delito provocado cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo (...)".

El Tribunal Supremo parte de su conocida doctrina acerca de la necesidad de ir al fondo del pronunciamiento penal para indagar si puede hablarse o no de inexistencia objetiva o subjetiva, sin vinculación con la terminología utilizada, concluyendo, como el tribunal de instancia, en la inexistencia de delito, ya que el hecho no se hubiera producido si el confidente policial ya fallecido, y al que el recurrente conocía no hubiera ofrecido a éste, sabedor de sus dificultades económicas, la posibilidad de conseguir pronto dinero, si le proporcionaba una determinada cantidad de cocaína.

Emilio Guichot Reina
Juan Antonio Carrillo Donaire
Francisco López Menudo

X. FUNCIÓN PÚBLICA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Instrumentos de gestión de los recursos humanos. A) Modificación de la Relación de Puestos de Trabajo que comporta la supresión de un determinado puesto de trabajo y la posterior reclasificación del mismo. Ejercicio de potestad autoorganizativa que no supone desviación de poder. B) Las especialidades organizativas de las Comunidades Autónomas o las especialidades retributivas de determinados puestos de trabajo no justifican la omisión del nivel ni de los complementos retributivos correspondientes a cada puesto de trabajo. **3. Acceso.** A) Provisión de vacantes previa a la oferta de empleo público. Procedimiento selectivo para acceso de personal de nuevo ingreso no condicionado por convenio colectivo. Personal laboral. B) Personal interino. Instrucción que vulnera los criterios establecidos para la formación de la bolsa de trabajo. La preferencia del personal con experiencia previa no puede decaer por la renuncia a permanecer en la bolsa de trabajo. C) Concurso-oposición. Méritos. Trabajo desarrollado en la Administración General del Estado. Si se valoran los servicios prestados por un aspirante en organismos no pertenecientes a la Administración General del Estado, deben valorarse tales méritos al resto de aspirantes. **4. Carrera administrativa.** A) Provisión de puestos de trabajo. Comisión de servicios para misión de cooperación internacional. Los funcionarios no tienen un derecho subjetivo a ocupar ni a permanecer en tales puestos de trabajo. La Administración puede decidir discrecionalmente el recurso a esta forma de provisión. B) Reclasificación de todos los puestos de trabajo de un Ministerio que reúnen determinadas condiciones. No cabe excluir a los funcionarios destinados en órganos territoriales. **5. Derechos económicos.** A) Trienios: su valoración se corresponde con el Grupo al que pertenecía el funcionario cuando lo devenga, esto es, cuando se cumple el período de servicios que determina el nacimiento del derecho. B) Complemento de dedicación especial: debe ser determinado dentro de los créditos que se asignen específicamente para esta finalidad. C) Complemento específico: debe estar vinculado exclusivamente a la calidad y circunstancias del puesto de trabajo,

con independencia del Grupo al que pertenezca el funcionario. D) No es objetivo ni razonable diferenciar a través del nivel profesional y del complemento específico unos puestos de trabajo que tienen exactamente el mismo contenido. E) Complemento de destino: el desempeño de un puesto de trabajo de superior categoría otorga el derecho al reconocimiento de las retribuciones complementarias correspondientes a dicho puesto. F) Complemento de extranjería: es la incorporación al destino lo que determina el devengo del complemento de residencia en el extranjero. G) Complemento de productividad: es compatible con la retribución por turnos rotatorios y gratificación por servicios extraordinarios. **6. Derechos colectivos.** A) Libertad sindical: la designación de los miembros de las distintas Comisiones paritarias debe hacerse en función del principio de proporcionalidad y de los resultados obtenidos en las elecciones sindicales. B) Es conforme a Derecho el cambio de puesto de trabajo de un representante sindical cuando se trata de una actuación municipal fundada en la potestad de autoorganización. C) Cuando el funcionario haya ofrecido un principio de prueba indicativo de posible discriminación, no basta por sí sola la invocación de una potestad genérica de la Administración ni de un ámbito de discrecionalidad para amparar su comportamiento. D) Negociación colectiva: la modificación de una plantilla orgánica no puede ampararse en la potestad autoorganizatoria de la Administración para excluir dicha negociación. E) No puede ser objeto de negociación la atribución al Alcalde del denominado derecho de gracia en un procedimiento sancionador. F) Es nulo el acuerdo negociador que concreta las pagas extraordinarias en el cien por cien de todos los conceptos retributivos del funcionario. **7. Situaciones administrativas.** A) Expectativa de destino: la renuncia del funcionario a su puesto de trabajo no aparece prevista entre las causas determinantes del cese en la situación de servicios en Comunidades Autónomas. B) Reincorporación al servicio activo: no procede realizar una interpretación amplia y analógica de la situación de supernumerario para equipararla a la situación de excedencia voluntaria por interés particular. C) Excedencia especial en activo: es una situación especial de interrupción de la relación que se produce cuando el médico es nombrado para cargo directivo de la Seguridad Social que implique la incompatibilidad en el ejercicio de ambas funciones. D) El traspaso de funcionarios del Estado a las Comunidades Autónomas no constituye una modalidad de promoción interna. No existe

un derecho subjetivo de los funcionarios a ser transferidos a las Comunidades Autónomas. **8. Incompatibilidades.** A) El carácter directo de la relación entre las actividades privadas inmobiliarias de los funcionarios y sus funciones al servicio del Ayuntamiento determina una situación continua de incompatibilidad. **9. Régimen disciplinario.** A) Incompatibilidades: infracción muy grave por desempeño de actividad privada en ámbito similar al de la función pública. Sanción de separación del servicio que no resulta desproporcionada.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Recogemos en este número la doctrina más relevante dictada por los jueces y Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa desde abril a junio del presente año. Aunque esta crónica no contiene doctrina muy novedosa respecto del régimen estatutario funcionarial y es bastante casuística, la mayor parte de las sentencias seleccionadas introducen ciertos matices de interés en la aplicación de la jurisprudencia ya consolidada que nos ha parecido interesante resaltar.

2. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS

A) Modificación de la Relación de Puestos de Trabajo que comporta la supresión de un determinado puesto de trabajo y la posterior reclasificación del mismo. Ejercicio de potestad autoorganizativa que no supone desviación de poder

La modificación de las Relaciones de Puestos de Trabajo es una competencia de la Administración, que ejercita dentro de sus facultades autoorganizativas (artículo 15.1 de la LMRFP) y que tiene un carácter discrecional.

Lo dicho no obsta a que las decisiones discrecionales de la Administración puedan ser corregidas en caso de apreciarse desviación de poder. A tal efecto, como ha declarado de forma reiterada la jurisprudencia, es preciso que quien invoque tal desviación alegue y pruebe los motivos de la misma, sin que quepa extraer la desviación de la actuación administrativa de meras presunciones, de suspicacias ni de interpretaciones subjetivas de la intención determinante del acto administrativo en cuestión.

En aplicación de esta doctrina, la **STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2004**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 644, desestima el recurso interpuesto por el actor contra la Resolución del Subdirector General de Recursos Humanos y Gestión de Personal del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación que, de conformidad con la previa Resolución de la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones,

relativa a la supresión del puesto que hasta entonces venía ocupando el recurrente, dispuso la reclasificación de dicho puesto.

La Sala concluye en el sentido señalado sin apreciar la existencia de desviación de poder, pese a la alegación del recurrente, en cuya opinión, la reclasificación del puesto que venía ocupando obedeció exclusivamente a la finalidad de despojarle de las competencias que como titular de dicho puesto le correspondían, en represalia por su actitud de denuncia de ciertas irregularidades, conducta que, a su vez, habría sido determinante para la apertura de un procedimiento penal finalmente sobreseído.

B) Las especialidades retributivas de determinados puestos de trabajo no justifican la omisión del nivel ni de los complementos retributivos correspondientes a cada puesto de trabajo

De conformidad con las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (artículos 149.1.18 CE y 15 y 16 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública), las relaciones de puestos de trabajo deben establecer el nivel y el complemento específico de cada uno de los puestos de trabajo contemplados.

En aplicación de los preceptos mencionados, la **STS de 25 de junio de 2004**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 5216, anula el Decreto del Gobierno de Canarias 42/1996, de 8 de marzo, que aprueba la relación de puestos de trabajo de los órganos centrales y Direcciones de Área y los puestos reservados a personal funcionario y laboral de las Gerencias de Atención Primaria y de las Gerencias de Servicios Sanitarios del Servicio Canario de la Salud, que omitió precisar el nivel y las retribuciones complementarias de determinados puestos de trabajo (DUE/ATS de Zonas de Salud y Matronas de Área).

Frente a las alegaciones del Gobierno de Canarias, la STS de 25 de junio de 2004 señala que las disposiciones del artículo 16 de la LMRFP deben ser observadas con carácter general. En consecuencia, las especialidades retributivas propias de determinados puestos de trabajo no eximen del cumplimiento de las prescripciones del citado precepto. Muy al contrario, a juicio de la Sala, no existe inconveniente para que la relación de puestos de trabajo incluya la referencia oportuna a la especificidad retributiva que puedan presentar alguno de los puestos incluidos en ella.

3. ACCESO

A) Provisión de vacantes previa a la oferta de empleo público. Procedimiento selectivo para acceso de personal de nuevo ingreso no condicionado por convenio colectivo. Personal laboral

La **SAN de 20 de mayo de 2004,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 666, desestima el recurso interpuesto por la Federación Sindical de la Administración Pública de Comisiones Obreras contra Resolución del Ministerio de la Presidencia, por la que se convocó proceso selectivo selectivo en el Patrimonio Nacional, para cubrir, con

carácter indefinido y por concurso-oposición libre, siete plazas de personal laboral. La parte recurrente sostiene que la Resolución recurrida vulnera el artículo 15 del Convenio aplicable, en cuya virtud, para la cobertura de puesto de trabajo mediante turno de nuevo ingreso, es preciso agotar con carácter previo las tres modalidades sucesivas de cobertura de vacante previstas por el citado Convenio (concurso de traslado, turno de ascenso y turno de ascenso libre). De este modo, a juicio de la parte recurrente, la Resolución recurrida habría impedido regular el desarrollo de los procedimientos de promoción interna pactados y establecidos en el Convenio de aplicación.

La SAN de 20 de mayo de 2004 recuerda que el RD 364/1995, de 10 de marzo (RGIPP), aplicable a la selección del personal laboral, distingue con claridad las convocatorias para el personal de nuevo ingreso y los sistemas de promoción interna y de cobertura de vacantes del personal laboral que no sea de nuevo ingreso, a los que no es aplicable la regulación del RGIPP, rigiéndose por sus Reglamentaciones específicas o los Convenios Colectivos en vigor. En este sentido, añade la Sala que la recurrente no impugnó dicha Oferta de empleo público y que las plazas litigiosas fueron incluidas en dicha Oferta tras quedar vacantes en previos concursos de traslado y de promoción en turno de ascenso, de modo que se dio pleno cumplimiento a lo dispuesto por el RD 364/1995 (RGIPP). Por último, añade la SAN de 20 de mayo de 2004 que, en virtud del artículo 18.4 de la LMRFP (según la redacción dada a este precepto por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), "(...) las vacantes correspondientes a las plazas incluidas en las convocatorias para ingreso de nuevo personal no precisarán de la realización de concurso previo entre quienes ya tuvieren la condición de funcionarios".

B) Personal interino. Instrucción que vulnera los criterios establecidos para la formación de la bolsa de trabajo. La preferencia del personal con experiencia previa no puede decaer por la renuncia a permanecer en la bolsa de trabajo. Enseñanza no universitaria

El Decreto 133/2001, de la Generalidad de Cataluña, habilita al Departamento de Enseñanza para que –en cada curso escolar– confeccione una bolsa de trabajo del personal interino docente. Según el citado Decreto, la bolsa de trabajo deberá estructurarse en dos apartados. En el primer apartado, preferente respecto del segundo, han de incluirse los interesados que hayan prestado servicios como interinos en alguno de los cuerpos docentes no universitarios de la Administración de la Generalidad. Este personal se ordenará "(...) en funció del temps de serveis docents prestats (...)". En el segundo apartado deben integrarse quienes hayan formado parte de la lista de admitidos de alguna de las convocatorias de concursos públicos realizadas por el Departamento de Enseñanza desde el mes de septiembre de 1996. El Decreto 133/2001 concreta también las causas de baja en la bolsa de trabajo, contemplado como tales la renuncia, la no aceptación del destino adjudicado sin causa justificada, el haber sido sancionado por falta notoria de rendimiento o por incumplimiento grave de los deberes u obligaciones derivadas de las funciones propias del puesto de trabajo, así como el rendimiento insuficiente o la evidente y documentada falta de capacidad para la ocupación del puesto.

En definitiva, el Decreto mencionado, establece que el personal con experiencia como interino se incluya en el primer grupo de los que integran la bolsa de trabajo.

Por ello, la **STSJ de Cataluña de 2 de julio de 2004**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 545, desestima el recurso de apelación interpuesto por la Administración de la Generalidad de Cataluña contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 8 de Barcelona, de 15 de enero de 2004, que anuló la Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos del Departamento de Enseñanza, por la que se dictaron instrucciones relativas a la gestión de la bolsa de trabajo para prestar servicios con carácter temporal como personal interino docente para el curso 2003-2004. Tal como afirma la Sala, esta Resolución por la que se dictan instrucciones para la gestión de la bolsa de trabajo contradice las disposiciones del mencionado Decreto 133/2001. Pues, a diferencia de lo previsto por la Resolución litigiosa, el Decreto en cuestión no admite la posibilidad de prescindir de la experiencia docente incluyendo en el segundo grupo a los interesados que cuenten dicha experiencia, aunque hayan renunciado a permanecer en la bolsa de trabajo. Cuestión distinta es –señala la Sala– la relativa a las posibilidades con las que contaría el Ejecutivo autonómico para concretar la repercusión de la renuncia a la permanencia en la bolsa sobre los méritos a considerar en una nueva integración.

C) Concurso-oposición. Méritos. Trabajo desarrollado en la Administración General del Estado. Si se valoran los servicios prestados por un aspirante en organismos no pertenecientes a la Administración General del Estado, deben valorarse tales méritos al resto de aspirantes

Según lo establecido en las bases de una determinada convocatoria para el acceso por promoción interna y por el sistema de concurso-oposición en el Cuerpo General Administrativo de la Administración del Estado, en la fase de concurso, el trabajo desarrollado se valorará según el nivel de complemento de destino correspondiente al puesto de trabajo que se ocupe en la Administración General del Estado, excluidas las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Administración de la Seguridad Social, el día de publicación de esta convocatoria. Uno de los participantes en el proceso selectivo quedó excluido en la fase de concurso, al no valorarse el nivel 16 del puesto de trabajo desarrollado en la Universidad Carlos III de Madrid, por apreciar la Administración convocante que las Universidades no son organismos autónomos ni forman parte de la Administración General del Estado.

Sin embargo, quedó acreditado que otro de los participantes en la misma convocatoria sí obtuvo puntuación por el tiempo de trabajo desarrollado en la Agencia de Protección de Datos, organismo autónomo que tampoco pertenece a la Administración General del Estado.

Por ello, la **STSJ de Madrid de 13 de julio de 2004**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 557, aprecia que la Administración convocante ha incurrido en vulneración del principio constitucional de igualdad, al dispensar un trato desigual a los participantes en una misma convocatoria. Señala la Sala que, dentro de un mismo concurso, las bases de la convocatoria no pueden interpretarse de forma diferente para cada candidato. En consecuencia, para la reparación de la discriminación creada, la STSJ de Madrid de 13 de julio de 2004, obliga a la Administración a retomar el proceso selectivo respecto del

aspirante afectado, hasta su conclusión, según proceda con arreglo a lo establecido en la convocatoria.

4. CARRERA ADMINISTRATIVA

A) Provisión de puestos de trabajo. Comisión de servicios para misión de cooperación internacional. Los funcionarios no tienen un derecho subjetivo a ocupar ni a permanecer en tales puestos de trabajo. La Administración puede decidir discrecionalmente el recurso a esta forma de provisión

De los artículos 64 y 65 del Real Decreto 364/1995 (RGIPP) se desprende que las Administraciones Públicas no están obligadas a proveer temporalmente los puestos de trabajos mediante el nombramiento de funcionarios de carrera en comisión de servicio. Las Administraciones pueden optar por este sistema de provisión en ejercicio de su potestad de autoorganización. Por lo demás, para que un funcionario de carrera pueda ocupar un puesto de trabajo en comisión de servicios, es necesario que reúna los requisitos generales establecidos en la correspondiente relación de puestos de trabajo para su desempeño.

Estas mismas conclusiones se extraen también de los Estatutos de la UNED y del entonces vigente Reglamento para la elaboración de los Tribunales de las pruebas presenciales de la UNED.

Por todo ello, la **STSJ de Madrid de 7 de junio de 2004**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 639, desestima el recurso interpuesto por el actor, profesor de la UNED, contra la Resolución del Excmo. Rector de dicha Universidad, por la que previa propuesta de la Comisión de Tribunales de Pruebas presenciales, comunica al recurrente que, en ejecución de las Directrices del Ministerio de Asuntos Exteriores en oficio de la Agencia de Cooperación, en lo sucesivo no se haría cargo la AECI de las comisiones de servicio del ya citado actor, que dejaría de formar parte de los correspondientes Tribunales para las siguientes pruebas presenciales. Tal como aprecia la STSJ de Madrid de 7 de junio de 2004, la UNED no tiene obligación de proponer al recurrente para tales comisiones de servicio. En este caso, las decisiones relativas a las comisiones de servicios se adoptan teniendo en cuenta las necesidades de servicio público de la UNED, así como en los criterios establecidos por el Ministerio de Asuntos Exteriores a través de la Agencia Española de Cooperación Internacional, por tratarse de comisiones que tienen por objeto misiones de cooperación internacional. Concluye la sala afirmando que, en ningún caso un funcionario público en situación de comisión de servicios tiene derecho a ser mantenido en el puesto de trabajo para el que se le comisionó hasta que se incorpore a dicha plaza su titular o sea reglamentariamente cubierta.

Ciertamente, no olvida la STSJ de Madrid que el ejercicio de la discrecionalidad administrativa en materia de comisiones de servicio puede ser objeto de revisión en caso de desviación de poder, pero no es éste el caso de autos en el que, por un lado, dicha decisión se muestra como razonable y justificada, y por otro lado, el demandante no ha probado que la decisión recurrida pretendiese favorecer a otros funcionarios y perjudicarle a él.

B) Reclasificación de todos los puestos de trabajo de un Ministerio que reúnen determinadas condiciones. No cabe excluir a los funcionarios destinados en órganos territoriales. Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos

La **STSJ de Madrid de 4 de mayo de 2004,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 630, estima el recurso interpuesto por el actor, funcionario del Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, contra la Resolución del Ministerio de Administraciones Públicas por la que se desestimó la solicitud de reclasificación de su puesto de trabajo (de nivel 24 a nivel 26).

La solicitud del ahora recurrente se basaba en la decisión del Ministerio de Obras Públicas de reclasificar de nivel 24 a nivel 26 –con el correspondiente incremento del complemento específico– los puestos de trabajo del Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Cuerpos, por razón de las tareas técnicas y de la especial responsabilidad propia del desempeño de un puesto de trabajo de nivel 24 en el Área Técnica del citado Departamento.

La STSJ de Madrid de 4 de mayo de 2004, accede a la solicitud del actor, reconociéndole el derecho a la reclasificación de su puesto de trabajo. No puede obstar al reconocimiento de tal derecho el hecho de que, en la fecha en la que el Ministerio acordó la reclasificación del resto de puestos de trabajo, el actor prestase servicios en la Delegación de Gobierno en Barcelona. Pues, en definitiva, dicha Delegación constituye un órgano territorial de la Administración General del Estado, tal como establece la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

5. DERECHOS ECONÓMICOS

A) Trienios: su valoración se corresponde con el Grupo al que pertenecía el funcionario cuando lo devenga, esto es, cuando se cumple el período de servicios que determina el nacimiento del derecho

La **STSJ de Castilla y León de 1 de junio de 2004** se ha pronunciado de nuevo acerca de la naturaleza jurídica de los trienios. En este caso, el funcionario recurrente solicitaba que los trienios reconocidos se abonaran en la cuantía correspondiente al Grupo de trabajo al que pertenecía en ese momento. La Sala desestima su pretensión recordando que "los trienios, por su propia naturaleza, se devengan en el momento en que se cumple el tiempo de servicios necesarios para ello de acuerdo con las circunstancias del Cuerpo o Grupo al que pertenece en ese momento el funcionario y, a partir de entonces, se incorpora a los derechos retributivos del interesado, reflejándose en la nómina el carácter permanente, de tal manera que su percepción en lo sucesivo se produce con independencia de las vicisitudes de la carrera funcionarial, ya se permanezca en el mismo Grupo o se cambie, integrándose entre los demás conceptos retributivos del funcionario, pero manteniendo su individualidad y alcance (...) por lo que su valoración ha de referirse en todo caso a tales condiciones determinantes de su nacimiento, es decir, al Cuerpo o Grupo al que pertenecía el funcionario cuando se devengó el trienio".

B) Complemento de dedicación especial. Debe ser determinado dentro de los créditos que se asignen específicamente para esta finalidad

La **STC 117/2004, de 12 de julio**, ha resuelto un recurso de amparo presentado por varios Suboficiales de la Armada contra la sentencia TSJ de Galicia que había estimado parcialmente el recurso interpuesto por los recurrentes por entender que la misma violaba el principio de igualdad en la aplicación de la ley y el derecho a la tutela judicial al apartarse de otros pronunciamientos anteriores.

En las sentencias anteriores, efectivamente, el órgano judicial había partido de la especial naturaleza del complemento de especial dedicación, como una retribución destinada a gratificar el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y la iniciativa en el desempeño del puesto de trabajo, para considerar contraria a la legalidad y al principio de igualdad la utilización de la antigüedad como criterio de asignación nominal del referido complemento a los recurrentes. A partir de ahí, todas ellas habían considerado que las limitaciones presupuestarias afectadas al referido complemento no pueden condicionar el derecho reconocido a los recurrentes, al entender que la Administración no puede denegar el abono del complemento cuando ha determinado los criterios de concesión y éstos se cumplen, debiendo el Ministerio de Defensa efectuar las previsiones presupuestarias necesarias una vez fijadas las plantillas de cada unidad.

En la sentencia que ahora se recurre en amparo, si bien se parte exactamente del mismo planteamiento, se introduce el criterio del presupuesto como un importante límite. De esta forma, la sentencia había estimado que opera como límite a tal reconocimiento la cuantía de los créditos presupuestarios destinados a retribuir el complemento de especial dedicación, por así disponerlo expresamente la normativa reguladora de dicho complemento (artículo 4.4 del RD 1494/1991, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas). Pues bien, ante estos hechos, el TC desestima el amparo solicitado al entender que "no existe una ruptura ocasional y aislada de la jurisprudencia mantenida en las sentencias de contraste, sino un cambio de criterio jurisprudencial que se sucede temporalmente y que responde a una distinta concepción jurídica igualmente razonable y fundada en Derecho, sustentada en concreto, en la normativa reguladora del complemento de dedicación especial, en la que expresamente se prevé que 'la cuantía del referido complemento será determinada dentro de los créditos que se asignen específicamente para esta finalidad'".

C) Complemento específico: debe estar vinculado exclusivamente a la calidad y circunstancias del puesto de trabajo, con independencia del Grupo al que pertenezca el funcionario

La **STSJ de Madrid de 20 de abril de 2004** ha desestimado la reclamación realizada por una funcionaria del Grupo B en la que solicitaba la declaración del derecho al abono de idéntico complemento específico asignado a los puestos de trabajo igual o similar al suyo ocupados por funcionarios del Grupo A. A juicio de la recurrente, carece de justificación la discriminación retributiva generada por la distinta percepción del complemento específico según se ocupe el puesto por un funcionario del Grupo A o del Grupo B.

Aunque la Sala desestima su pretensión por falta de prueba, ello no le impide reiterar su doctrina al respecto. Efectivamente, recuerda la sala que a la hora de concretar este tipo de retribuciones, "la potestad esencialmente discrecional y derivada de las potestades de autoorganización que la Administración ostente, no significa un apoderamiento totalmente libre e independiente, sino que está ligado a lo que los conceptos legales que fundamentan las distinciones que puede introducir, con independencia del Cuerpo de procedencia del funcionario, ya que los complementos mencionados están vinculados exclusivamente a la calidad y circunstancias del puesto de trabajo al que se les asigna". Ello determina que el criterio aplicable para controlar la potestad administrativa de asignación de retribuciones complementarias desde el punto de vista de la igualdad en la aplicación de la ley no sea otro que el de la plena identidad de las circunstancias concurrentes en los puestos de trabajo comparados.

D) No es objetivo ni razonable diferenciar a través del nivel profesional y del complemento específico unos puestos de trabajo que tienen exactamente el mismo contenido

La **STS de 30 de junio de 2004** ha confirmado en casación la STSJ del País Vasco que había estimado el recurso del funcionario recurrente. El recurso había sido interpuesto por un funcionario Inspector de Trabajo y Seguridad Social que en virtud de la Relación de Puestos de Trabajo de su Administración había dos grupos de inspectores que tenían atribuido distinto nivel y distinto complemento específico. A través de la oportuna prueba documental y testifical, el funcionario había logrado demostrar que los funcionarios de ambos grupos realizaban exactamente las mismas tareas, a pesar de tener distintos niveles y complementos específicos. Ello permite a la Sala comprobar "la existencia de una discriminación carente de justificación objetiva y razonable, pues no es objetivo ni razonable diferenciar a través del nivel profesional y del complemento específico unos puestos de trabajo que tienen exactamente el mismo contenido".

E) Complemento de destino: el desempeño de un puesto de trabajo de superior categoría otorga el derecho al reconocimiento de las retribuciones complementarias correspondientes a dicho puesto

La **STSJ de Andalucía de 12 de mayo de 2004** ha estimado la pretensión del funcionario recurrente de reconocimiento del complemento de destino correspondiente al puesto de trabajo que desempeña. Al respecto, la Sala reitera la ya inconcusa jurisprudencia respecto a que no cabe la consolidación del grado en tales circunstancias, so pena de infringir los principios de mérito y capacidad para el acceso a los distintos niveles y puestos de trabajo de la función pública. Ahora bien, a juicio de la Sala, no puede, sin embargo, decirse lo mismo respecto a las retribuciones del funcionario.

Para ello, la Sala distingue entre las retribuciones básicas y las complementarias. Respecto de las primeras, considera la Sala que "si el cambio de Escala no es factible, tampoco lo es el reconocimiento de la percepción de tales retribuciones básicas correspondientes a una Escala a que no se pertenece, ni se le puede reconocer". No ocurre lo mismo con las retribuciones complementarias cuando se desempeña un puesto de trabajo de

superior categoría, en cuyo caso ha de reconocerse el derecho al percibo, al menos, del complemento de destino propio del puesto de trabajo que se desempeñe.

F) Complemento de extranjería: es la incorporación al destino lo que determina el devengo del complemento de residencia en el extranjero

La **STSJ de Madrid de 1 de junio de 2004** ha aclarado la naturaleza jurídica de este tipo de complemento. En este caso, la funcionaria recurrente perteneciente al Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria había sido trasladada a Marruecos y había solicitado de la Administración el abono del correspondiente complemento desde el día 12 de septiembre al día 30 del mismo mes, ya que dicho período de tiempo no le había sido abonado al considerar la Administración que se trata de una retribución de devengo mensual según la Resolución de la Secretaría de Estado de Hacienda de 29 de diciembre de 1995.

Pues bien, la Sala ha estimado el recurso e inaplicado dicha norma reglamentaria por entender que la misma carece de virtualidad para modificar el devengo de las retribuciones funcionariales. A partir de ahí, entiende que "es la incorporación al destino lo que determina el devengo de las retribuciones y, en caso del actor, también del complemento de residencia en el extranjero, cuyo origen se encuentra en la modificación de residencia y los efectos económicos derivados del distinto nivel de vida del país donde prestará sus servicios, máxime cuando es en el primer momento del traslado de residencia a otro país cuando tiene mayor impacto en la economía personal dicho cambio".

G) Complemento de productividad: es compatible con la retribución por turnos rotatorios y gratificación por servicios extraordinarios

La **STSJ de Navarra de 1 de abril de 2004** ha declarado la compatibilidad retributiva entre el complemento de productividad y la indemnización por turnicidad y nocturnidad reconocida a los funcionarios de policía en el Acuerdo Administración-Sindicatos de 27 de febrero de 1996. Para ello ha partido de la diferente naturaleza jurídica a que responden ambos tipos de retribución. Así, mientras el complemento de productividad depende de la concreta y específica actividad del funcionario y tiene un marcado carácter subjetivo, en función del rendimiento personal del titular del puesto de trabajo, así como de su actividad extraordinaria y de su interés, la percepción por turnos rotatorios obedece a un concepto de prestación de servicios extraordinarios, al prestarse fuera de la jornada normal. Dicha gratificación no responde al rendimiento o la iniciativa en el trabajo propios del complemento de productividad.

Esta argumentación permite a la Sala afirmar que "no existe incompatibilidad entre la percepción de ambos conceptos retributivos, por cuanto, aun percibiendo la gratificación, no por ello el trabajo del funcionario está exento de una especial iniciativa o rendimiento, si se tiene en cuenta la generalidad con que se ha concebido la percepción de este complemento en su componente funcional. O viceversa, la percepción del complemento de productividad no priva al servicio prestado de su carácter extraordinario".

6. DERECHOS COLECTIVOS

A) Libertad sindical: la designación de los miembros de las distintas Comisiones paritarias debe hacerse en función del principio de proporcionalidad y de los resultados obtenidos en las elecciones sindicales

La **STSJ de Castilla y León de 21 de mayo de 2004** ha estimado el recurso interpuesto contra el Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de Segovia en cuya virtud se establecía la formación de la Comisión Paritaria y del Comité de Seguridad y Salud previstos en el Reglamento Interno de funcionarios del Ayuntamiento. Los recurrentes pretendían que la Junta de Personal adoptara para dicho nombramiento el criterio de designación proporcional y no el de la mayoría, que es el que se había seguido, al entender que aquel criterio resultaba más respetuoso con la representación de los intereses de todos los empleados.

La sentencia va más allá de la mera literalidad de los preceptos del Reglamento de Funcionarios al considerar que las funciones atribuidas a las dos comisiones exceden de la defensa de intereses puramente sindicales por entrañar representación de intereses de todo el colectivo de empleados del Ayuntamiento, lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de determinar los criterios de participación de los sindicatos en estos órganos. A partir de ahí, considera desproporcionado el criterio empleado para la designación de los miembros de la comisión en la medida en que deja fuera a los representantes del sindicato que ha obtenido el segundo puesto en número de votos. El criterio de la mayoría, que es el que se había seguido en la resolución recurrida, resulta a juicio de la Sala desproporcionado y contrario a la libertad sindical, toda vez que no garantiza la representatividad de los intereses de una gran parte de los empleados y, en consecuencia, no debe ser considerado como criterio válido de designación.

B) Es conforme a Derecho el cambio de puesto de trabajo de un representante sindical cuando se trata de una actuación municipal fundada en la potestad de autoorganización

La **STS de 26 de abril de 2004** ha desestimado el recurso de casación interpuesto por el funcionario recurrente contra la sentencia del TSJ de Galicia recaída en un recurso para la Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona sobre cese en el puesto de trabajo del Equipo de Atestados.

En este caso, se trataba de un funcionario de la Policía Local del Ayuntamiento de La Coruña –que ostentaba la condición de delegado sindical y miembro de la Junta de Personal del Ayuntamiento– que había sido destinado junto con otros ocho compañeros a una Unidad de Policía de Barrio. El recurrente alegaba que tal medida suponía una vulneración del derecho a la libertad sindical al considerar que había sido trasladado de puesto de trabajo como represalia por su significada labor sindical. El TS, no obstante, considera que no queda probado dicho razonamiento y juzga como razonable la justificación aducida por el Ayuntamiento, que explicó el traslado como el resultado de una remodelación

de los servicios de la Policía Local tras un minucioso estudio elaborado previamente. En consecuencia, descarta que haya habido un móvil sancionador y considera conforme a Derecho una actuación municipal fundada en la potestad de autoorganización del Ayuntamiento, dado que, descartado ese propósito antisindical, no cabe invocar el derecho a la intangibilidad del puesto de trabajo.

C) Cuando el funcionario haya ofrecido un principio de prueba indicativo de posible discriminación, no basta por sí sola la invocación de una potestad genérica de la Administración ni de un ámbito de discrecionalidad para amparar su comportamiento

La **STC 79/2004, de 5 de mayo,** ha estimado el recurso de amparo planteado por el funcionario recurrente ante el cese de su cargo de libre designación y posterior traslado, al entender que tales medidas se debieron a su condición de delegado de personal y miembro de la Junta de Personal del Ayuntamiento de Murcia. Para la resolución de este caso, el TC vuelve a reiterar su doctrina en cuya virtud "dentro del contenido del derecho de libertad sindical se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa".

A partir de ahí, el Tribunal ha proyectado dicha doctrina al ámbito de las decisiones discrecionales o no causales de la Administración y ha considerado que "para excluir la existencia de indicios de la lesión no es suficiente invocar el carácter del puesto (libre designación) y las facultades discrecionales que lleva aparejadas, pues la cobertura ordinaria que la caracterización de ese puesto ofrece a tales medidas empresariales no es bastante para descartar su posible instrumentalización *ad casum* con un resultado inconstitucional. En este sentido, es exigible una justificación causal de la decisión en su específica y singular proyección sobre el caso concreto, y ello porque, desde la perspectiva constitucional, las decisiones discrecionales o no causales pueden ser igualmente ilícitas si son contrarias a los derechos fundamentales del trabajador".

D) Negociación colectiva: la modificación de una plantilla orgánica no puede ampararse en la potestad autoorganizatoria de la Administración para excluir dicha negociación

La **STS de 11 de mayo de 2004** ha desestimado el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca contra la sentencia que había anulado el Acuerdo de dicho Ayuntamiento sobre modificación de la plantilla orgánica de los puestos de trabajo de los funcionarios de carrera, del personal laboral y del personal eventual de la Corporación municipal. La sentencia había anulado dicho acto basándose en que resultaba preceptiva la constitución de la Mesa de Negociación y en que ello no se hizo.

El TS vuelve a reiterar la jurisprudencia sentada en otras sentencias anteriores que vienen a reconocer que es inescindible la conexión entre libertad sindical, negociación colectiva y representatividad de los sindicatos, por lo que la negociación se erige en un medio para el ejercicio de la acción sindical que reconocen los artículos 7 y 28.1 de la Constitución,

de modo tal que negar u obstaculizar el ejercicio de dicha facultad negociadora por parte de los sindicatos implica una violación del derecho a la libertad sindical.

Con base en estas consideraciones, el TS desestima el recurso planteado por el Ayuntamiento y confirma la sentencia al considerar que, aunque el acuerdo que se recurre es una decisión de la Administración que afecta a sus potestades de organización, tiene sustantividad propia y afecta a contenidos que atañen directamente al personal funcionario y laboral, por lo que no basta la mera consulta con las entidades sindicales y se requiere la constitución de la mesa de negociación.

E) No puede ser objeto de negociación la atribución al Alcalde del denominado derecho de gracia en un procedimiento sancionador

La **STSJ de Asturias de 27 de abril de 2004** ha anulado determinados preceptos del Acuerdo Económico y Social para el Personal Funcionario del Ayuntamiento de Soto del Barco por considerar que exceden del ámbito de la negociación o que desconocen el principio de legalidad del régimen estatutario funcionarial. Pues bien, entre estas múltiples declaraciones de nulidad, podemos destacar por su particularidad el acuerdo negociador adoptado en relación con el régimen sancionador.

El artículo 39.3 del Acuerdo, efectivamente, había previsto que "en la fiesta de Santa Rita se concederá, por parte del Alcalde, un sobreseimiento de todos los expedientes en curso, como medida de gracia, salvo de aquellos que tengan implicación penal". La Sala anula este precepto por considerar que "el pretendido derecho o medida de gracia, atribuido en el artículo 62.i) de nuestra Constitución al Jefe del Estado con arreglo a la ley no es una figura trasladable al Derecho Administrativo y desde luego no está dentro de las facultades y poderes del Alcalde o de una Entidad local y, en todo caso, salvo las previsiones constitucionales y legales sobre el propiamente denominado derecho de gracia, resulta una figura realmente pintoresca y extraña al Derecho local. En este sentido, debe acogerse el motivo aducido por el Abogado del Estado al invocar, con agudeza e ingenio jurídico, que constituye una forma de terminación de los procedimientos administrativos no reconocida por la Ley 30/1992".

F) Es nulo el acuerdo negociador que concreta las pagas extraordinarias en el cien por cien de todos los conceptos retributivos del funcionario

La **STSJ de Madrid de 27 de abril de 2004** ha anulado varios preceptos del Acuerdo de las Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario del Ayuntamiento de Alpedrete por apartarse del régimen estatutario legalmente establecido. De entre todos ellos, podemos destacar la anulación del referido a la cuantía de las pagas extraordinarias. Efectivamente, el artículo 27 del Acuerdo había dispuesto que el importe de las pagas extraordinarias sería igual al cien por cien de todos los conceptos retributivos, lo que, a juicio de la Sala, contraviene la regulación legal de la paga extraordinaria prevista en el artículo 23.1.4 de

la Ley 30/1984, que es precepto básico y fija su cuantía en una mensualidad del sueldo y trienios. Ello permite a la Sala declarar la nulidad de dicho acuerdo.

7. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

A) Expectativa de destino: la renuncia del funcionario a su puesto de trabajo no aparece prevista entre las causas determinantes del cese en la situación de servicios en Comunidades Autónomas

La **STSJ de Madrid de 28 de mayo de 2004** ha estimado la demanda de lesividad presentada por el Abogado del Estado en la que se solicitaba que se dejase sin efecto la Resolución de 15 de febrero de 2001 de la Dirección General para la Administración Local por la que se declaraba el pase a la situación administrativa de expectativa de destino por cese en la prestación de sus servicios en la Comunidad Autónoma de Aragón de un funcionario de la Administración Local con habilitación de carácter nacional.

Dicha Resolución justificaba el reconocimiento de la mencionada situación en el hecho de que el interesado había manifestado su deseo de cesar en sus servicios en la Comunidad Autónoma –en la que se encontraba en situación de servicios en Comunidades Autónomas– en virtud de la renuncia al puesto de trabajo que ocupaba en la Diputación General de Aragón. La sentencia estima la demanda de lesividad al entender que "la renuncia por el funcionario al puesto de trabajo que ocupa no aparece prevista entre las causas determinantes del cese, de forma que, producida la adjudicación del destino y posesionado el funcionario del mismo, sólo puede cesar por los motivos expresamente contemplados en las normas que regulan su situación estatutaria, las cuales sólo prevén la renuncia a la condición de funcionario, pero no al puesto de trabajo".

Como consecuencia de ello, entiende la Sala que el funcionario no había en rigor cesado en su situación de servicios en Comunidades Autónomas por el mero hecho de renunciar a su destino en la Diputación, lo que le permite concluir que la Resolución impugnada se sustentaba sobre un supuesto fáctico equivocado que arrastra la ilegalidad de lo resuelto, esto es, de la declaración del pase del funcionario a la situación de expectativa de nombramiento.

B) Reincorporación al servicio activo: no procede realizar una interpretación amplia y analógica de la situación de supernumerario para equipararla a la situación de excedencia voluntaria por interés particular

La **STS de 8 de junio de 2004** ha resuelto el recurso de casación interpuesto por un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía contra la sentencia que había confirmado la Resolución de la Dirección General de la Policía en cuya virtud se le denegaba su solicitud de reingreso al servicio activo. Dicha resolución se fundamenta básicamente en la circunstancia de que el funcionario había sido condenado por un Tribunal por haber cometido un delito doloso mientras se encontraba en la situación de supernumerario y no había acreditado el beneficio de la rehabilitación mediante el correspondiente documento oficial en el momento de solicitar la reincorporación al servicio activo.

Para ser más precisos, el recurrente solicitó la reincorporación al servicio activo en el Cuerpo Nacional de Policía y la Dirección General de la Policía, mediante la resolución impugnada, denegó dicha petición teniendo en cuenta la aplicación analógica de lo dispuesto en el Reglamento de Ingreso, Formación, Promoción y Perfeccionamiento de los Funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía (RD 1593/1988), cuyo artículo 2.g) fija como requisito para el reingreso en el Cuerpo el no haber sido condenado por delito doloso.

El TS estima finalmente el recurso al entender que la sentencia ha realizado una interpretación amplia y analógica de la situación de supernumerario al equipararla a la situación de excedencia voluntaria por interés particular y al considerar que no puede ejercitar un derecho quien no reúne los requisitos indispensables de capacidad y aptitud para su adquisición, pues no estamos ante un supuesto de rehabilitación sino de denegación de reincorporación a quien no tenía extinguida la relación funcionarial por no haberse seguido previamente ningún procedimiento sancionador. A juicio del TS, la resolución recurrida viola el derecho fundamental contemplado en el artículo 23.2 de la Constitución al suponer "la exclusión tácita del recurrente de su relación funcionarial, pues el mantenimiento o el acceso a la función pública ha de producirse de conformidad con lo dispuesto en las leyes".

Para la anulación del acto administrativo que deniega la incorporación al funcionario recurrente, el TS toma como hecho determinante el mantenimiento de la relación funcionarial del recurrente y la consideración esencial "de que no puede estimarse que el acto originario impugnado se erija en el instrumento causante de la extinción tácita de la relación funcionarial, al no ofrecerle destino, por lo que procede su anulación".

C) Excedencia especial en activo: es una situación especial de interrupción de la relación que se produce cuando el médico es nombrado para cargo directivo de la Seguridad Social que implique la incompatibilidad en el ejercicio de ambas funciones

La **STSJ de Asturias de 7 de abril de 2004** ha desestimado la impugnación presentada por el funcionario recurrente y confirmado la resolución administrativa que lo declaraba en situación de excedencia voluntaria. El médico recurrente, con motivo de su participación en un concurso de traslados, había impugnado una resolución de la Administración que años atrás lo había declarado en situación de excedencia voluntaria al considerar que había optado por la prestación de otro puesto en la Administración del Estado, razón por la que en esa misma fecha, la Consejería competente lo había declarado en tal situación administrativa por razón de incompatibilidad del nuevo puesto como Director Médico del INSALUD con el desempeño de sus funciones como médico titular de la Administración del Principado de Asturias.

A través de su impugnación y a efectos de obtener una mayor puntuación en el correspondiente concurso de traslados, había solicitado de la Administración que se le

reconociera en situación de excedencia especial en activo o situación especial en activo, lo que a su juicio, era equivalente a una comisión de servicios. Pues bien, la Sala desestima su pretensión alegando, entre otros varios motivos, que "la excedencia especial en activo es una situación especial de interrupción de la relación, quedando en suspenso la prestación de servicios y la percepción de haberes cuando el médico es nombrad para cargo directivo de la Seguridad Social que implique la incompatibilidad en el ejercicio de ambas funciones, siendo su duración hasta el cese en el cargo que motivó la situación de excedencia, debiendo reintegrarse en la plaza de la Seguridad Social". Dicha situación, no obstante, sólo es aplicable a los médicos de la Seguridad Social en virtud de lo dispuesto en el art. 13 del Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social (Decreto 3160/1966), condición ésta que no reúne el recurrente, pues no es personal estatutario sino funcionario de la Administración autonómica.

D) El traspaso de funcionarios del Estado a las Comunidades Autónomas no constituye una modalidad de promoción interna. No existe un derecho subjetivo de los funcionarios a ser transferidos a las Comunidades Autónomas

El traspaso de funcionarios estatales a las Comunidades Autónomas constituye una actuación incardinada en el proceso autonómico, que afecta a quienes figuran adscritos a los órganos estatales cuyos servicios son transferidos, siempre que el traspaso resulte necesario para el funcionamiento de esos servicios. El traspaso a la Administración autonómica constituye una actuación excepcional y de carácter forzoso para los funcionarios afectados, pero que no altera los aspectos básicos del estatuto profesional de tales funcionarios. No existe pues un derecho subjetivo del funcionario a ser traspasado, si bien el traspaso deberá respetar las exigencias derivadas del principio constitucional de igualdad (artículo 14 CE).

Teniendo en cuenta las razones objetivas en las que se basa la transferencia de funcionarios a las Comunidades Autónomas, la **STS de 22 de julio de 2004,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 4251, desestima el recurso interpuesto contra el Real Decreto 811/1999, de 14 de mayo, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Foral de Navarra de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo (en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación). Alegan las actoras (funcionarias de la Administración General del Estado, que venían prestando servicios en la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo de Navarra, y que no resultaron incluidas en el colectivo del personal transferido) que la transferencia a la Comunidad Foral de Navarra dispuesta por el citado Real Decreto 811/1999, de 14 de mayo, ha significado para los funcionarios que han pasado a dicha Administración un incremento de retribuciones y eso constituye una promoción interna de los transferidos, siendo así que toda promoción interna se ha de efectuar de conformidad con los principios de mérito y capacidad (artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución), exigencia que no se habría respetado en el caso de autos, porque la relación de personal transferido se determinó teniendo en cuenta solamente el área donde prestaban sus servicios.

Sin embargo, la STS de 22 de julio de 2004 afirma que el traspaso de funcionarios resulta inevitable y obligado para el desarrollo del proceso autonómico y, por exigencias del principio de eficacia, se limita a los funcionarios adscritos a los puestos de trabajo que

realicen las funciones transferidas. Señala la Sala también que el traspaso no altera sin más los aspectos básicos del estatuto profesional ni modifica el puesto de trabajo del funcionario afectado, por lo que no constituye un proceso de promoción profesional como pretenden las recurrentes.

En definitiva, los funcionarios no tienen un derecho subjetivo al traspaso. Además, el funcionario que permanece en la Administración estatal mantiene inalterado su régimen estatutario y, dentro de éste, tiene reconocida la movilidad para poder ocupar puestos de trabajo de las Comunidades Autónomas.

8. INCOMPATIBILIDADES

A) El carácter directo de la relación entre las actividades privadas inmobiliarias de los funcionarios y sus funciones al servicio del Ayuntamiento determina una situación continua de incompatibilidad

La **STS de 20 de julio de 2004** ha confirmado la sentencia dictada por el TSJ de Madrid desestimatoria del recurso contencioso interpuesto por los funcionarios recurrentes contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de las Rozas por el que se decidió imponer a los recurrentes una sanción de separación del servicio por la violación del régimen de incompatibilidades. Las circunstancias que quedan probadas y que han determinado la imposición de la sanción consistieron en la participación de los dos funcionarios sancionados, uno como arquitecto del Ayuntamiento y otro como Jefe de Planeamiento de dicho Ayuntamiento en el área de urbanismo, en una sociedad dedicada a la intermediación inmobiliaria, la promoción y la construcción en el municipio de las Rozas, hasta el punto de que habían intervenido activamente en el planeamiento y en el proceso de ejecución, integrándose en una Junta de Compensación.

9. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

A) Incompatibilidades. Infracción muy grave por desempeño de actividad privada en ámbito similar al de la función pública. Sanción de separación del servicio que no resulta desproporcionada. Policía Local

Partiendo de la consideración de que la condición de Policía Local es incompatible con el ejercicio de ninguna otra actividad pública o privada, la ley de Policías Locales de Cataluña contempla como infracción muy grave la realización de actividades privadas en ámbitos similares al de la función propia de los funcionarios de la policía local.

En el caso enjuiciado por la **STS de 25 de mayo de 2004**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 4034, el funcionario sancionado había ejercido plenos poderes de administración en una empresa privada de seguridad y vigilancia, de la que su esposa era accionista mayoritaria.

Dado que la actividad incompatible se lleva a cabo en un ámbito similar al de la función propia del funcionario (Guardia Urbana), la entidad de la infracción es mayor que si se tratara de una simple vulneración del régimen de incompatibilidades causada por el ejercicio de una actividad privada sin vinculación con el servicio. Por ello, la Sala desestima las alegaciones del recurrente, relativas a la falta de maliciosidad en la conducta realizada y a la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta.

Miguel Sánchez Morón
Josefa Cantero Martínez
Belén Marina Jalvo

XI. URBANISMO

Sumario:

1. Planeamiento urbanístico. A) Nulidad de un Plan Parcial aprobado sin estudio de vialidad. B) Nulidad de las Normas Subsidiarias del Planeamiento Municipal que autorizan la ampliación de un cementerio enclavado en poblado sin guardar las distancias de policía sanitaria mortuoria. **2. Ejecución del planeamiento.** A) Cesiones a Ayuntamientos para destino dotacional a cambio de aprovechamiento. B) Conservación de la Urbanización: mediante Entidad de Conservación. C) Convenios Urbanísticos: incumplimiento. **3. Intervención en la edificación y uso del suelo: Licencia de obras: Otorgamiento.** A) Subrogación de la Comisión Regional de Urbanismo en el ejercicio de las competencias locales. B) Licencia que se ajusta a un Plan de Reforma Interior que no es conforme con las previsiones de las Normas Subsidiarias municipales. **4. Disciplina urbanística.** A) Competencia autonómica para ejercer facultades sancionadoras y suspender los acuerdos de las entidades locales. B) Infracciones contra el Patrimonio Histórico.

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

A) Nulidad de un Plan Parcial aprobado sin estudio de vialidad

La sentencia de instancia había interpretado que el precedente establecido en la STS de 28 de noviembre de 1997, Ar. 9436, no era aplicable a caso enjuciado por tratarse de un supuesto específico relativo a la creación de un centro comercial con gran afluencia de tráfico.

La **STS de 11 de febrero de 2004,** Ar. 2140, aplicando la doctrina recogida en la citada sentencia, revoca la sentencia de instancia y anula el Plan Parcial aprobado sin un estudio de vialidad:

> "(…) doctrina recogida en la referida Sentencia de esta Sala y Sección del Tribunal Supremo, de fecha 28 de noviembre de 1997, es aplicable para la aprobación de un Plan

> Parcial que pretende ordenar urbanísticamente un barrio de la ciudad con una superficie de 116,93 hectáreas, en el que se proyectan tres zonas residenciales con tres mil setecientas seis viviendas, una vía de circunvalación y la ubicación de la futura estación, lo que, como en el caso enjuiciado por nuestra anterior sentencia, ha de suponer un extraordinario incremento del tráfico rodado, que exige, de acuerdo con lo establecido en los artículos 13.2.e) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, 29.1.f) y g), 45.f) y 52.2 del Reglamento de Planeamiento, un análisis de la intensidad de circulación a fin de que el trazado de la red viaria se efectúe en función del tráfico previsto y en evitación de los riesgos que la congestión circulatoria comporta, razones todas por las que este segundo motivo de casación debe ser estimado".

B) Nulidad de las Normas Subsidiarias del Planeamiento Municipal que autorizan la ampliación de un cementerio enclavado en poblado sin guardar las distancias de policía sanitaria mortuoria

La modificación de las NNSS objeto de la litis permitía ampliar un cementerio adosado a un templo y construido a menos de quinientos metros de las viviendas más próximas. Frente al criterio de la STSJ de Castilla y León, la **STS de 18 de febrero de 2004,** Ar. 2487, considera que dicha distancia, impuesta por el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, es aplicable tanto a los cementerios de nueva implantación como en la ampliación de los existentes:

> "(…) esa compleja tarea, creando el marco jurídico que permite el desarrollo urbanístico, requiere, como cualquier otra función normativa, observar y cumplir los ordenamientos sectoriales a fin de evitar o salvar contradicciones, de modo que la modificación puntual de las Normas Subsidiarias de Planeamiento no puede aprobarse sin tener en cuenta los preceptos que regulan la distancia de los cementerios desde los núcleos de población, cuyo incumplimiento debe acarrear la declaración de nulidad de pleno derecho de aquellas determinaciones contenidas en dicho planeamiento urbanístico que no respeten esas distancias".

A continuación, la Sentencia aclara también en qué situación urbanística quedan entonces estos cementerios:

> "Estos antiguos cementerios enclavados dentro de las zonas pobladas, tan frecuentes, como hemos dicho, en nuestros pueblos y ciudades, quedaron, a partir de la entrada en vigor del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, aprobado por Decreto 2263/1974, de 20 de julio, en una situación similar o equivalente a la que en el ordenamiento urbanístico se denomina fuera de ordenación, y, al igual que sucede con las edificaciones así calificadas, están sujetos a limitaciones, entre ellas la de resultar imposible su ampliación salvo que, debido a las circunstancias de su emplazamiento, pudiese efectuarse respetando la distancia de quinientos metros de la zona poblada."

2. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Cesiones a Ayuntamientos para destino dotacional a cambio de aprovechamiento

La **STS de 5 de febrero de 2004,** Ar. 2399, resuelve un supuesto en el que se discute la cesión de dos parcelas de suelo urbano realizada por una entidad privada a un Ayuntamiento con el objeto de destinarlas a dotaciones públicas, a cambio de obtener un determinado aprovechamiento. El problema surge cuando, como consecuencia de una modificación del planeamiento urbanístico, las parcelas no se destinan al fin objeto de la cesión y tampoco la entidad cedente obtiene el aprovechamiento.

La primera Sala sentenciadora indicó que la demandante debería acudir a la Jurisdicción civil, a pesar de haberse acreditado plenamente que la cesión se produjo, con el fin de recibir como compensación una finca de reemplazo, que es lo que dicha entidad reclama, pues la compensación que debía haberse producido no se hizo efectiva como consecuencia de la modificación del planeamiento antes aludida. Es más el Ayuntamiento recurrido ni siquiera niega que la cesión efectivamente se produjo.

El TS, tras analizar los supuestos fácticos debatidos, llega a la conclusión de que no existe razón ni justificación para que el Ayuntamiento recurrido desconozca el derecho de propiedad de la Entidad demandante a ser tenido como titular de la parcela de reemplazo que reclama, al haber desaparecido, según el propio Ayuntamiento reconoce, la causa de la cesión efectuada por no haberse podido llevar a cabo la actuación prevista en el convenio urbanístico de cesión suscrito. De no restituirse la parcela de reemplazo, dice el TS, se produciría, a favor del Ayuntamiento demandado, un enriquecimiento sin causa porque la Entidad demandante sí cumplió con sus deberes de cesión.

B) Conservación de la Urbanización: mediante Entidad de Conservación

En la **STS de 1 de abril de 2004,** Ar. 2329, el TS debe dilucidar cuáles son las funciones de una Entidad de Conservación a fin de determinar si el establecimiento de un servicio de vigilancia y seguridad en el ámbito espacial al que se extiende la actuación de dicha Entidad entra dentro de sus funciones.

Según el TS, del artículo 25.3 RGU de 1979 resulta que la conservación de las obras de urbanización es el objetivo inexcusable al que responde la creación de Entidades de Conservación, pero además de dicho precepto, el artículo 8.2 RGU de 1979 indica que dichas Entidades podrán realizar tareas de conservación y administración de las unidades residenciales creadas y de bienes y servicios que forman parte de su equipamiento, de donde se desprende, a juicio del TS, que dichas Entidades podrán concretar en los Estatutos por los que han de regirse, el alcance de esa tarea de administración en un sentido más amplio que la estricta reparación y mantenimiento de las obras de urbanización ejecutadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, el TS indica que se hace necesario analizar los Estatutos de la Entidad Urbanística cuya actuación se discute, y en este caso particular, el TS dice

que el artículo VII de sus Estatutos describe, en un sentido muy amplio, que sus objetivos comprenden la adecuada conservación de las obras, instalaciones y servicios de la urbanización, pero también la mejor regulación y mantenimiento de la vida comunitaria y a la defensa de los intereses colectivos, y por tanto, es plenamente acorde a dicho Estatuto, el establecimiento de un servicio de vigilancia y seguridad.

C) Convenios Urbanísticos: incumplimiento

El TS, en su **STS de 5 de abril de 2004,** Ar. 2416, debe determinar si el Ayuntamiento recurrido ha incumplido un convenio urbanístico suscrito cuanto, al redactar una Norma Urbanística, califica como urbanizable una finca propiedad de la recurrente que, a juicio de la misma parte, del convenio se desprendía que debía haber sido calificada como suelo urbano.

El TS indica, de acuerdo con la Sala de Instancia, que el convenio urbanístico celebrado no puede condicionar las potestades de la Administración al aprobar los correspondientes instrumentos de planeamiento urbanístico, sin perjuicio de que si dichos instrumentos no recogieran algunas de las determinaciones a cuyo establecimiento se había comprometido la Administración, ésta queda obligada a la indemnización de los daños y perjuicios causados que, a juicio del TS, es una cosa distinta a la anterior.

Sin embargo, en el supuesto concreto objeto de la presente sentencia, donde se discute la aplicación del artículo 1124 CC, para resarcir a la actora por daños y perjuicios, el TS indica que tal precepto requiere para imponer la obligación de resarcimiento que se trate de obligaciones recíprocas y que una de las partes haya incumplido la prestación a la que se había obligado. De las argumentaciones de las partes se desprende, según el TS, que se ha producido una errónea interpretación por la actora de los términos del convenio urbanístico suscrito, pues la clasificación de la finca en litigio como apta para urbanizar no era contraria a los términos del convenio firmado. Ello deriva, por tanto, en la ausencia de obligación indemnizatoria por el Ayuntamiento recurrido.

3. INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO: LICENCIA DE OBRAS: OTORGAMIENTO

A) Subrogación de la Comisión Regional de Urbanismo en el ejercicio de las competencias locales

En la **STS de 24 de marzo de 2004,** Ar. 2299, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación planteado por el Ayuntamiento de Arnuero frente a la decisión del Tribunal de instancia por la que se anuló una licencia para la construcción de naves otorgada por la Comisión Regional de Urbanismo del Gobierno de Cantabria.

El Tribunal *a quo* declaró la nulidad del referido permiso al no concurrir los requisitos legales necesarios para que el órgano autonómico pudiera subrogarse en las competencias

municipales, traspaso que no se produce de manera automática con la mera denuncia de mora hecha por el solicitante de la licencia, sino con la recepción por el Ayuntamiento de la comunicación de su existencia y de la petición del expediente por parte de la Comisión. Por esta razón, además de contravenir lo dispuesto en las Normas Subsidiarias municipales en lo que respecta a la calificación del suelo, la resolución por la que se concede la licencia ha sido dictada por órgano manifiestamente incompetente, y, por consiguiente, resulta anulada.

Esta decisión judicial no es recurrida por la Administración autonómica, pero sí por el solicitante de la licencia, que argumenta su oposición a la sentencia fundamentalmente en consideración de que la competencia para el ejercicio de la acción judicial corresponda, tras la reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril, operada por la Ley 11/1999, de 21 de abril, al Pleno del Ayuntamiento y no al Alcalde. Para el Tribunal Supremo, sin embargo, tras esta última Ley:

> "(…) la atribución conferida al Alcalde para el ejercicio de acciones judiciales ya no quedaba limitada a los casos de urgencia [tal y como dispuso el artículo 21.1.i) de la Ley 7/1985 en su redacción originaria], sino extendida, sin necesidad de tal urgencia, a las materias de su competencia [artículo 21.1.k)] de dicha Ley tras la redacción dada al precepto por la Ley 11/1991, entre las que se encuentra 'el otorgamiento de las licencias, salvo que las Leyes sectoriales lo atribuyan expresamente al Pleno o a la Comisión de Gobierno' [artículo 21.1.q) de dicha Ley 7/1985]" [FJ 2.B)].

B) Licencia que se ajusta a un Plan de Reforma Interior que no es conforme con las previsiones de las Normas Subsidiarias municipales

La **STS de 11 de febrero de 2004,** Ar. 2347, desestima el recurso interpuesto contra el Decreto de una Alcaldía por la que se denegó una licencia de obras.

El recurrente pretendía la validez de su solicitud en orden a la concesión de la autorización municipal por entender que la misma se ajusta a las determinaciones de un Plan Especial de Reforma Interior que, a su juicio, se había incorporado íntegramente a las Normas Subsidiarias municipales.

Sin embargo, para la Sala del Supremo, tal circunstancia no se produce, ya que:

> "Si bien el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 establecía que los Planes de Ordenación tendrán vigencia indefinida, ello no implica que no rija para ellos lo dispuesto, con carácter general, por el artículo 2.2 del Código Civil, y, en este caso, según lo expresado categóricamente en la sentencia recurrida, las determinaciones del Plan Especial de Reforma Interior, que el recurrente invoca para pedir la licencia de obras que le fue denegada por el acuerdo municipal recurrido, eran contrarias a las contenidas en las Normas Subsidiarias de Planeamiento vigentes al tiempo de solicitar dicha licencia, lo que impide considerar como aplicables aquéllas (…)" (FJ 1º).

4. DISCIPLINA URBANÍSTICA

A) Competencia autonómica para ejercer facultades sancionadoras y suspender los acuerdos de las entidades locales

Las **SSTS de 3 de mayo** y **de 24 de mayo de 2004,** Ar. 2876 y 3790, resuelven sendos recursos en los que se plantea el alcance de las competencias autonómicas en el ejercicio de facultades sancionadoras y de suspensión de los acuerdos de las entidades municipales.

En la primera se plantea si la Generalidad Valenciana tiene competencia para imponer diversas sanciones por la construcción de distintos edificios que carecían de la correspondiente licencia. La sentencia de instancia anuló dichas sanciones al entender que el órgano autonómico había actuado por subrogación del Ayuntamiento de Orihuela, en cuyo término se ejecutaron las obras, sin haber requerido previamente a dicha Corporación para que hubiera actuado sus potestades en materia de disciplina urbanística, concediéndole para ello el plazo de un mes. Sin embargo, para el Tribunal Supremo, si bien los Alcaldes son competentes para iniciar el expediente sancionador por cualquier infracción urbanística cometida en su término municipal, aunque no puedan resolver aquellos en que la sanción procedente exceda de los límites establecidos en al artículo 228.6.a) LS, ello no implica que dicha competencia sea exclusiva e impida a la Comunidad Autónoma acordar la incoación de un expediente sancionador cuando dada la entidad de la infracción cometida o del presupuesto de ejecución de las obras realizadas ilegalmente, quepa suponer fundadamente que a ella corresponderá la competencia para imponer la sanción que corresponda. Frente a este argumento no cabe oponer el principio de autonomía municipal porque la distribución de competencias entre el Ayuntamiento y la Comunidad autónoma en materia de disciplina urbanística no quebranta la garantía institucional que deriva de dicho principio.

En la segunda se resuelve acerca del valor del artículo 186.1 de la Ley del Suelo tras la promulgación de los artículos 65 a 67 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, respecto a la facultad de suspensión por parte de los órganos autonómicos de los acuerdos locales.

En su FJ 3º la Sala expresa, siguiendo su anterior sentencia de 16 de febrero de 1993, que ella misma:

> "(…) en Sentencias de 25 de enero de 1989 y 3 de septiembre de 1990, y partiendo de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, ha declarado que las Comunidades autónomas carecen de competencia para suspender los acuerdos de las Corporaciones Locales en materia de urbanismo por haberse suprimido su anterior potestad tras la promulgación de la LRBRL. Ahora bien esta doctrina no es aplicable a los supuestos, como el ahora enjuiciado, en los que la expresada facultad de suspensión es ejercitada, no por una Comunidad Autónoma, sino por el propio Alcalde del Ayuntamiento concedente de

la licencia (…) Así lo han entendido las Sentencias de esta Sala de 22 de enero y más recientemente, aunque referida a un supuesto de subrogación del órgano autonómico por inactividad municipal, la de 7 de noviembre de 1991, la cual, con la particularidad citada, establece que la expresada facultad que otorga al Alcalde el citado artículo 186 en su apartado 1º, para disponer la suspensión de los efectos de una licencia cuando el contenido de la misma constituya manifiestamente una infracción urbanística grave, debe estimarse vigente, sin que a ello obste lo que disponen los citados artículos 65 y 66 de la Ley 7/198 de la Ley de Bases de Régimen Local, así como su disposición derogatoria e) ni la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 213/1988, de 11 de noviembre, y 259/1988, de 22 de diciembre, puesto que si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional aludida ha dejado establecido que el apartado 2º del repetido artículo 186 no puede prevalecer frente al principio de autonomía municipal que consagran los artículos 137 y 140 de la Constitución, en la medida en que e su aplicación pueda suponer una indebida intromisión de un órgano estatal o autonómico en la esfera de competencias estrictamente locales –Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1986, entre otras–, no cabe decir lo mismo respecto del apartado 1º de aquel precepto, que más bien viene a reforzar (…) la autonomía de la Corporación que acuerda la suspención de una licencia otorgada, en virtud de la subrogación, por un órgano de la Administración autonómica".

B) Infracciones contra el Patrimonio Histórico

En su **STS de 23 de febrero de 2004,** Ar. 1745, el Tribunal Supremo desestima el recurso planteado contra la Resolución del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Vizcaya por la que se impusieron varias multas a los propietarios de unos edificios en Elorrio. En concreto, la primera sanción castiga la demolición de una casa sin que mediara declaración de ruina y sin contar con la autorización de la Diputación Foral; otra, el derribo de otra vivienda con incumplimiento de las condiciones establecidas por el Gobierno vasco recogidas en el acuerdo de declaración municipal de ruina y sin que se hubiera concedido la autorización de la Diputación Foral y, finalmente, la tercera, la ejecución de un proyecto de obras de edificación en el casco histórico en contra del acuerdo de denegación de autorización y haciendo caso omiso del requerimiento de suspensión de las mismas.

Los recurrentes esgrimen en su defensa varios argumentos, entre ellos los siguientes:

Primero, que la sanción no se les puede imponer a los mismos, ya que ellos no han sido ejecutores de unas obras que no han realizado, ya que se han llevado a cabo en un solar que no era de su propiedad en el momento de verificarse las mismas, pues habían suscrito un contrato de permuta de cosa futura con la empresa constructora en cuanto a la contraprestación que debían recibir por los solares. Para la Sala de instancia y para la del Tribunal Supremo, tal razonamiento no excluye la responsabilidad de los recurrentes, puesto que los mismos son titulares de un derecho real sobre la finca, además de que la licencia de obras por ellos solicitada y concedida a su favor lo fue antes de la permuta, continuando los mismos con el proyecto para el que habían obtenido la referida autorización.

Segundo, se considera infringido el principio de proporcionalidad a la hora de imponer la sanción, argumento que no es acogido por la Sala, que entiende que la especial protección que merecen los bienes del Patrimonio Histórico, riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación de los españoles a la cultura universal (según indica el Preámbulo de la Ley 16/1985, de 25 de junio), justifican el importe de las sanciones impuestas, pues la reducción de las mismas determinaría que éstas no surtiesen el adecuado efecto, ni fuesen proporcionadas a los beneficios que los infractores obtienen al no respetar las normas de protección de dicho patrimonio (FJ 4º).

En tercer lugar, tampoco prospera la alegación de los recurrentes de la vulneración del principio de culpabilidad, ya que los mismos participaron en concepto de autores en las infracciones sancionadas, con conocimiento de que la denegación de la autorización acordada por la Diputación y concurriendo el requisito de la intencionalidad (FJ 5º).

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. B) Enajenación de bienes. Jurisdicción competente para interpretar las cláusulas de una donación realizada por un Municipio al Estado. C) Utilización de los bienes de dominio público. Vinculación a los pactos y acuerdos firmados entre la Administración y los usuarios. D) Potestades administrativas. Potestad de investigación. Control de su ejercicio por el orden de la jurisdicción contencioso-administrativa. E) Varios. Limitaciones para realizar una nueva valoración de la prueba hecha por el Tribunal de instancia en el recurso de casación. **3. Aguas continentales.** A) Abastecimiento a poblaciones: solicitudes de concesión incompatibles; extinción de concesión de servicio público de suministro. B) Aguas privadas: inscripción de aprovechamiento en el Catálogo. C) Aguas subterráneas: imposibilidad de prescripción del aprovechamiento por no cumplirse los requisitos. D) Aprovechamientos hidroeléctricos: cláusula concesional sobre reversión. E) Comunidades de Regantes: requisitos para constitución válida; motivación de Sentencia de Tribunal consuetudinario. F) Plantas potabilizadoras: otorgamiento discrecional de subvención. G) Sanción: caducidad del procedimiento. **4. Aguas marítimas.** A) Deslinde. a) Declara dominio público marítimo-terrestre 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 al acto de apeo supone un vicio de anulabilidad subsanable mientras no produzca indefensión. b') No es necesaria nueva audiencia a los propietarios afectados si se introducen modificaciones no esenciales en el deslinde definitivo. B) Limitaciones sobre propiedades colindantes: servidumbre de protección. a) La extensión de la servidumbre no se reduce en el caso de suelo urbanizable programado sin Plan Parcial aprobado a la entrada en vigor de la Ley de Costas. b) Hay que distinguir la servidumbre de protección costera del ejercicio de competencias urbanísticas autonómicas. C) Usos del demanio marítimo. a) Los usos privativos requieren el otorgamiento previo de una

concesión administrativa. a') El arrendatario, propietario de construcciones sobre el demanio legalizadas a la entrada en vigor de la Ley de Costas, tiene el mismo derecho a obtener una concesión de uso que el propietario de los terrenos. b') La concesión se extingue por incumplimiento de su clausulado. c') Las concesiones de desecación de marismas y de otros terrenos ganados al mar no traslativas de la propiedad se extinguen por incumplimiento de las actividades adicionales que constituyen las condiciones de su disfrute. b) Los usos comunes especiales requieren previa autorización administrativa. a') El título autorizatorio se extingue por transcurso del plazo de tiempo. b') La naturaleza de los servicios de temporada determina la inaplicación de las normas de contratación administrativa para su adjudicación. D) Puertos. a) Existe utilidad pública que justifica la expropiación de terrenos privados para su inclusión en zona de servicios portuarios. b) La denegación de una concesión de uso portuario por inviabilidad económica de su objeto supone un ejercicio correcto de la discrecionalidad administrativa. c) Personal portuario: el servicio de amarre y desamarre de buques no es función propia de los Prácticos de Puerto. E) Pesca marítima: las autorizaciones para construcción de buques pesqueros están sujetas a plazos de caducidad. **5. Carreteras.** A) Accesos: Cuestiones relacionadas con estaciones de servicio. B) Zona de afección: diversas cuestiones. C) Autopistas de peaje. **6. Minas: ayudas a la minería. 7. Patrimonio cultural. 8. Propiedades públicas. Régimen económico financiero.** A) Puertos: a vueltas con la reserva de ley. B) Canon de superficie de minas: vigencia tras las reformas sectoriales y tributarias de 1997 y 1998; naturaleza jurídica y posibilidad de actualizar su importe mediante genéricos aumentos previstos en leyes de presupuestos. C) Tasas por la utilización del dominio público local: varias cuestiones. D) Tributación de los bienes del Estado y otras Administraciones: Exención en el IBI de los aparcamientos públicos en régimen de concesión.

1. CONSIDERACIÓN PREVIA

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal Supremo publicada en el *Repertorio de Jurisprudencia* Aranzadi desde la Sentencia 1720 a la 4450 del RA (cuadernillos 7 a 18) y la Constitucional desde la 104/2004, de 28 de junio, a la 179/2004, de 18 de octubre.

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 al Reglamento de Servicios y la normativa municipal reguladora de cada servicio y, en lo no previsto, al Reglamento de Bienes citado. Esta aplicación prioritaria de la normativa reguladora del servicio puede apreciarse en la **STS de 3 de mayo de 2004,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4100, en la que se enjuiciaba la legalidad de la extinción de unas determinadas concesiones en un mercado municipal.

B) Enajenación de bienes. Jurisdicción competente para interpretar las cláusulas de una donación realizada por un Municipio al Estado

En la **STS de 1 de marzo de 2004,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 3278, se enjuicia un caso de donación de un determinado bien municipal al Estado para la construcción de un cuartel y la posible reversión del mismo ante el incumplimiento de las cláusulas de la donación. En relación con la apreciación de dicho incumplimiento en la Sentencia citada se declara competente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En concreto, afirma que sólo cabe apreciar el abuso o exceso de jurisdicción cuando la materia de fondo sustantiva no esté atribuida por el ordenamiento jurídico al conocimiento de los tribunales de instancia, es decir, se trata de una materia que no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta circunstancia no se aprecia en la cuestión examinada, en donde los actos de la Administración impugnados tienen naturaleza administrativa y su conocimiento corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sirviendo de claro precedente la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004.

En definitiva, el motivo no puede prosperar, pues en asuntos similares al actual, en los que se ha debatido la interpretación y alcance de la cláusula modal inserta en un contrato de donación al amparo del artículo 637 del Código Civil, pero en el que también han intervenido la Administración del Estado y el Ayuntamiento en la cesión de terrenos para la construcción de cuarteles o de viviendas militares, la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido considerada la competente para conocer dichas cuestiones; criterio este que resulta, entre otras, de las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1993, 12 de junio de 2001, 23 de junio de 2003 y 20 de enero de 2004.

C) Utilización de los bienes de dominio público. Vinculación a los pactos y acuerdos firmados entre la Administración y los usuarios

En la **STS de 20 de julio de 2004,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 4301, se plantea en relación con una prórroga de la cesión de unos determinados bienes municipales a una empresa para su explotación como residencia universitaria si la misma resulta obligatoria

o es discrecional. Sobre esta cuestión el Tribunal parte de que en el convenio de cesión de la explotación del bien se contempló la posible prórroga por mutuo acuerdo. Teniendo en cuenta esta precisión, el Tribunal afirma que en el convenio no se incluyó estipulación alguna que impusiera la continuidad de la cesión hasta tanto subsistieran esas necesidades residenciales. En consecuencia, la denegación de la prórroga fue decidida por dicha Administración de conformidad a la libertad que se reservó en ese mismo convenio de condicionar esa prórroga al mutuo acuerdo. Por tanto, dicha denegación en principio es conforme a dicho contrato y a la libertad contractual que en todo caso asiste a la Administración; y a que no supone tampoco apartarse de una finalidad cuya consecución le fuera exigible al Ayuntamiento. Teniendo en cuenta estas consideraciones el Tribunal no admite la concurrencia de un vicio de desviación de poder en la denegación de la prórroga.

D) Potestades administrativas. Potestad de investigación. Control de su ejercicio por el orden de la jurisdicción contencioso-administrativa

La potestad de investigación de los bienes de pertenencia municipal constituye una de las potestades atribuidas por la normativa local a los Municipios y que exige la tramitación de un procedimiento que finalizará dictándose un acto administrativo. Precisamente, en relación con el control de estos actos en la **STS de 14 de abril de 2004,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2858, se sostiene la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para su control, al tratarse el acto impugnado de un acuerdo municipal sobre los bienes aprobado previo expediente de investigación y práctica de pruebas en el mismo, y ello sin entrar en el estudio y enjuiciamiento sobre la propiedad del camino, materia que corresponde a la jurisdicción civil. En el caso debatido existían diferencias sobre la valoración de la prueba realizado en el procedimiento de investigación.

E) Varios. Limitaciones para realizar una nueva valoración de la prueba hecha por el Tribunal de instancia en el recurso de casación

En los diversos procedimientos en los que se ejercitan potestades por la Administración referidas a bienes se plantean conflictos entre particulares y Administración sobre la valoración de las pruebas realizadas en los mismos. Ante esa divergencia de interpretación los actos se impugnan ante los tribunales contencioso-administrativos. En el caso de que la valoración realizada por el Tribunal de instancia no sea aceptada por una de las partes en el proceso se plantea si resulta posible la interposición de un recurso de casación.

En relación con este punto en la **STS de 2 de marzo de 2004,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 3279, se afirma que tal posibilidad tiene carácter restrictivo. En concreto, se dice que en casación no se puede cuestionar la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de Instancia, que es el que tiene competencia y potestad para apreciar los hechos y valorar la prueba, a no ser que se alegue y acredite qué norma ha infringido o que la valoración sea

arbitraria o irrazonable; Sentencias de 15 de marzo y 10 de octubre de 2000, 5 de febrero de 2002 y 21 de octubre de 2003.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Abastecimiento a poblaciones: solicitudes de concesión incompatibles; extinción de concesión de servicio público de suministro

Si se tiene en cuenta el art. 121.1 del RDPH, cabe la suspensión provisional de la tramitación de toda nueva petición cuando se compruebe que la solicitud es incompatible con otra que esté en tramitación, salvo que la concesión en trámite pueda ser expropiada en caso de ser otorgada la segunda solicitada, en cuyo caso se procederá a la acumulación de los expedientes para su tramitación conjunta. La **STS de 7 de abril de 2004,** Ar. 3289, apela a este precepto para decidir el caso controvertido, confirmando la Sentencia del TSJ de Asturias que entendió correcta la denegación por la CH del Norte de la concesión de abastecimiento de aguas solicitada por una Comunidad de Usuarios. Se da la razón al Ayuntamiento que ya venía disfrutando de hecho del aprovechamiento discutido, a pesar de que la presentación de su proyecto fuese posterior en el tiempo al de la citada Comunidad. Como advierte el TS, no se trata del trámite de competencia de proyectos (art. 106 del RDPH), sino de dos peticiones incompatibles y de acumulación de expedientes para su tramitación conjunta a que alude el art. 121.1 del RDPH. El criterio de preferencia señalado en el art. 58.4 de la Lag. de 1985 (posterior art. 60.4 TR de Lag.) de la mayor utilidad pública en el supuesto de que dentro de una misma clase de uso, exista incompatibilidad de solicitudes, debe resolverse a favor del Ayuntamiento, pues existe una reserva de determinados servicios esenciales, como es el abastecimiento a poblaciones en la legislación de régimen local (art. 86.3 de la LBRL), que justifica dicha prioridad en este caso.

De otro lado, la **STC 140/2004, de 13 de septiembre** (BOE de 14 de octubre) entiende correcto el contenido de dos Sentencias del TS que son objeto de impugnación a través de recurso de amparo, aduciéndose vulneración del art. 24.2 de la CE por la Compañía de Abastecimiento de Aguas Potables de La Manga del Mar Menor, SA. Esta empresa que impugnó en primera instancia ante el TSJ de Murcia la Resolución del Ayuntamiento de San Javier por la cual se declaraba la extinción de la concesión administrativa de suministro de agua potable que ostentaba a su favor, planteó más tarde la impugnación ante el TS sin éxito, con el fin de obtener una Sentencia que anulase la recaída en primera instancia, basándose en que la composición de la Sala de lo contencioso-administrativo que dictó el fallo no respetó su derecho constitucional a un proceso con todas las garantías que engloba el derecho a un juez imparcial, pues uno de los Magistrados de la Sala del TSJ había sido Letrado del Ayuntamiento de San Javier, con lo que a juicio de la empresa estamos ante una causa de recusación que no pudo hacer valer al notificársele con demora el cambio de composición de la Sala.

Sin embargo, es distinto el parecer del TC, ya que no hay que olvidar que el art. 223.1 de la LOPJ aplicable en ese momento (en su redacción anterior a la LO 19/2003, de 23

de diciembre) disponía que la recusación debe proponerse "tan luego como se tenga conocimiento de la causa en que se funde", pudiéndose haber procedido a la anulación de las actuaciones judiciales si se hubiera expresado dicha causa antes de la firma de la Sentencia, lo que no se hizo, y sí consta que la empresa obtuvo notificación con antelación suficiente para manifestar sus dudas sobre la imparcialidad de los miembros de la Sala Sentenciadora. Por tanto, no se ha infringido en este supuesto el derecho a un proceso con todas las garantías a que alude el art. 24.2 de la CE.

B) Aguas privadas: inscripción de aprovechamiento en el Catálogo

La **STS de 13 de febrero de 2004,** Ar. 1922, entiende procedente la decisión del TSJ de Extremadura que anuló un Acuerdo de la CH del Guadiana de 1997 que ordenaba la inscripción en el Catálogo de aguas privadas de determinado aprovechamiento para riego de 12 hectáreas por contener una cifra diferente a la que habían solicitado las propietarias del pozo (50 hectáreas). El Abogado del Estado aduce en casación vulneración del art. 1214 del CC (actualmente ya no vigente tras la LEC de 7 de enero de 2000, pero en aquel momento aplicable), según el cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone. Sin embargo, como afirma el TS no hay que olvidar que el art. 195 del RDPH de 1986 (posterior art. 196 tras modificación por RD 606/2003, de 23 de mayo) señala que los titulares de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a la Lag. de 1985 que optaran por mantenerlas en tal régimen, deberán declarar su existencia al Organismo de cuenca por escrito, y que éste procederá a su inscripción provisional, que elevará a definitiva, previo reconocimiento de las características del aprovechamiento. De esta forma, difícilmente puede indicarse que se hayan vulnerado las reglas sobre la carga de la prueba, pues del RDPH resultaba la necesidad de que el órgano competente comprobase la extensión del aprovechamiento.

C) Aguas subterráneas: imposibilidad de prescripción del aprovechamiento por no cumplirse los requisitos

A la prescripción adquisitiva ordinaria se refiere el art. 1957 del CC cuando dispone que el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión durante 10 años entre presentes, con buena fe y justo título, mientras que la prescripción extraordinaria según el art. 1959 del CC requiere la posesión no interrumpida durante 30 años, sin necesidad de título ni de buena fe. La **STS de 29 de marzo de 2004,** Sala de lo Civil, Ar. 2069, parte de estas normas para dilucidar el caso que se discute, ya que en primer lugar recuerda que las aguas vivas o estancadas son bienes inmuebles (art. 334.8 CC) por lo que se les podía aplicar estas reglas sobre usucapión a los asuntos que se suscitasen cuando todavía no estaba en vigor la Lag. de 1985 que prohíbe la prescripción para adquirir el derecho al uso privativo (art. 50.2 Lag. de 1985).

Pero precisamente en este supuesto no se cumplían los requisitos para que estuviéramos ante un caso de prescripción adquisitiva, y en ello profundiza el Tribunal. Conforme a

la jurisprudencia civil, para la usucapión del derecho al aprovechamiento de las aguas subterráneas, la escritura pública es lo que equivale a justo título (a falta de contraprestación al dueño de la finca), y en este asunto el Ayuntamiento contaba con un mero documento privado. Tampoco se cumplió el requisito de los 30 años de posesión para que estuviésemos ante la prescripción extraordinaria. A ello hay que sumar el dato de que los dos particulares que adquieren en 1978 la finca en la que se ubican los pozos, desean ser propietarios sin cargas o gravámenes, aunque inicien la reclamación formal en 1994. Es cierto que la Sociedad Salesiana de San Juan Bosco suscribió un convenio con el Ayuntamiento en 1968, a través del cual se permitía a éste el aprovechamiento gratuito de los pozos, pero también lo es que tras la venta de la finca a dos particulares en 1978, el Ayuntamiento quedaba con una mayor desprotección para la explotación citada, por no acreditar escritura pública a su favor, no pudiéndose aplicar tampoco el art. 22 de la Lag. de 1879 por la falta de contraprestación.

D) Aprovechamientos hidroeléctricos: cláusula concesional sobre reversión

En la **STS de 12 de abril de 2004,** Ar. 2686, se considera nula una de las cláusulas contenida en una concesión hidroeléctrica que imponía a la empresa titular de la misma la reversión de las instalaciones al término del plazo del aprovechamiento que abarcaba tanto las obras construidas dentro del dominio público hidráulico, como las realizadas fuera de éste. A juicio del TS ello contradice lo dispuesto en el art. 51.4 de la Lag. de 1985 (posterior art. 53.4 TR de Lag. de 2001), pues de este precepto no cabe deducir que la Administración hidráulica pueda imponer la reversión de las instalaciones situadas fuera del demanio. No obstante, el párrafo 4 *in fine* de este artículo acaba señalando que esa regla es así "sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones estipuladas en el documento concesional", lo que permitiría acuerdos negociados para la reversión de obras ubicadas fuera del dominio público hidráulico, si así lo acepta voluntariamente la empresa.

E) Comunidades de Regantes: requisitos para constitución válida; motivación de Sentencia de Tribunal consuetudinario

Conforme al art. 73.1 de la Lag. de 1985 (actual art. 81.1 del TR de Lag.), los usuarios del agua de una misma toma o concesión deberán constituirse en Comunidades de usuarios, sujetándose la elaboración de sus Ordenanzas a la aprobación del Organismo de cuenca. Partiendo de esta norma, la **STS de 3 de marzo de 2004,** Ar. 2354, ofrece un concreto significado del término "usuarios del agua", para llegar a la conclusión de que no es posible la creación de una Comunidad de Regantes si los que se asocian carecen del uso del agua por no haberles sido concedido su uso, ni tener derecho a él por disposición legal. No puede admitirse la opinión de la Comunidad de Regantes, parte recurrente en casación, que defiende que el RD de 9 de mayo de 1984 (que declara de interés nacional la transformación en regadío de las tierras situadas en la zona de Guaro en la región de Andalucía) constituye una auténtica concesión de agua para el riego, ni que con la denegación de la aprobación de las Ordenanzas la CH del Sur ha vulnerado el art. 22 de la CE que prevé el derecho de asociación, ya que es preciso tener en cuenta que por un lado el citado RD de 1984 delimita una zona para su transformación en regadío, pero en modo alguno otorga una concesión de uso del dominio público hidráulico, y por otro, que el

art. 201.8 del RDPH permite que el Organismo de cuenca deniegue la aprobación de las Ordenanzas cuando éstas vulneren la legislación vigente, y sí que se ha vulnerado pues el art. 73.1 Lag. parte de que el surgimiento de una Comunidad debe precederse del derecho al uso del agua de sus integrantes.

Por otra parte, la **STC 113/2004, de 12 de julio** (BOE de 11 de agosto) resuelve el recurso de amparo que interpone una empresa contra la Sentencia de un Tribunal consuetudinario de aguas denominado "Consejo de Hombres Buenos de Murcia". La sociedad demandante "Transfrutas, SA" aduce vulneración del art. 24.1 de la CE que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, ya que en su opinión el fallo del citado Consejo no contenía ninguna referencia a la motivación, sino sólo sobre el importe de la indemnización y el modo en que debía ser satisfecha. Para el TC, dado que el mencionado Consejo está formado por jueces legos, la expresión del fallo relativa a "vistas las circunstancias que concurren en el presente caso" sirve como fundamento para la decisión adoptada por este Tribunal consuetudinario que condenó a Transfrutas a indemnizar a una Comunidad de Regantes, por haber construido sin autorización de esta última una valla de cien metros en un lado de la acequia de Beniaján, de manera que ha de denegarse el amparo solicitado.

El TC reconoce que el Consejo de Hombres Buenos de Murcia ejerce una función jurisdiccional al estar mencionado expresamente en el art. 19.4 de la LOPJ (es decir, realiza esa interpretación, ya que doctrinalmente no es unánime el criterio de si son Jurados de Riego o bien se trata de órganos jurisdiccionales este tipo de Tribunales), y por tanto en un principio podría exigírsele una actuación que respetase lo contenido en el art. 120.3 de la CE referido a que las Sentencias serán siempre motivadas, sin embargo, considera el TC que al estar integrado este Tribunal tradicional por miembros no pertenecientes a la Carrera judicial, debe rebajarse el nivel de exigencia en lo que atañe a la argumentación jurídica que abarcaría lo relativo a la motivación del fallo. No obstante, hay un Voto particular formulado por un Magistrado del TC, que discrepa de la mayoría, pues a su juicio la Sentencia del Tribunal consuetudinario mantiene ocultas las razones de la correspondiente decisión, lo que acarrea la vulneración del art. 24.1 de la CE, y por tanto debió haberse estimado el recurso de amparo.

F) Plantas potabilizadoras: otorgamiento discrecional de subvención

La **STS de 2 de abril de 2004,** Ar. 1856, confirma la Sentencia de la AN objeto de impugnación por la Empresa Mixta de Aguas de Las Palmas, SA, entidad que no estaba de acuerdo con la conclusión contenida en el fallo. La AN dio la razón en parte a esta Empresa, anulando la Resolución del Ministerio de Industria por la que sin motivación alguna se cambió el criterio respecto a la primera Memoria elaborada por la Comisión de Valoración Técnica de las Subvenciones y se aminoró la cuantía de 873 millones a 782 millones de pesetas correspondiente a esta Empresa. No obstante, la estimación que realizó la AN fue parcial porque entendió que la Sala carecía de los datos necesarios para declarar el derecho de la recurrente a percibir la cantidad pretendida, ordenando retro-

traer las actuaciones para que volviesen a calcularse las cuantías que correspondiesen a las empresas potabilizadoras de Canarias, pues había una cantidad global para todas. Es decir, estamos ante un supuesto de discrecionalidad técnica de la Administración y los Tribunales no pueden sustituir una concreción que compete al órgano administrativo, que deberá actuar partiendo de lo dispuesto en las bases reguladoras de la subvención, y justificar en su caso el cambio de criterio respecto de la asignación inicial.

G) Sanción: caducidad del procedimiento

Según resulta del art. 332 del RDPH de 1986 (modificado por RD 1771/1994, de 5 de agosto), el plazo para resolver un expediente sancionador no puede exceder de un año contado a partir de su incoación. La **STS de 2 de marzo de 2004,** Ar. 2493, interpreta este precepto para resolver el caso controvertido, poniéndolo en relación con los arts. 68 y 69 de la Ley 30/1992. De este modo, se llega a la conclusión de que la sanción fijada por el Ministerio de Medio Ambiente en 1998 y que obligaba a abonar a un Ayuntamiento [que incurrió en la infracción del art. 108.c) de la Lag. de 1985] una cifra superior a 50 millones de pesetas y más de 40 millones de pesetas de indemnización para reparar los daños causados al dominio público hidráulico, no es conforme a derecho debido a que el procedimiento desde su apertura (9 de junio de 1997) hasta su resolución (6 de julio de 1998) superó el año permitido por el mencionado Reglamento. No cabe aducir como defiende el Abogado del Estado que el cómputo deba realizarse desde el 23 de julio de 1997 (fecha de la recepción o notificación de la apertura del expediente), pues el art. 69 de la Ley 30/1992 señala nítidamente que los procedimientos iniciados de oficio, quedan incoados desde el momento en que existe el correspondiente acuerdo del órgano competente, sin necesidad de esperar a su notificación, de manera que estamos ante un expediente caducado.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Deslinde

a) Declara dominio público marítimo-terrestre lo que por naturaleza, y con carácter permanente, es tal, con independencia de alteraciones puntuales

Como viene siendo habitual en estas crónicas periódicas de jurisprudencia sobre demanio costero, nuevamente hay que referir la existencia de un número importante de pronunciamientos que inciden sobre el fin primordial de la potestad de deslinde: la determinación de los límites de aquél y la consiguiente inclusión en la categoría de todo aquello que, por naturaleza y, a consecuencia de ésta, por reconocimiento normativo, es tal. Es el caso de las playas, integrantes del dominio público marítimo-terrestre *ex* art. 3.1.b) de la Ley de Costas, y que siempre conservarán tal conformación, con independencia, por tanto, de alteraciones puntuales de sus características geomorfológicas derivadas de incuria administrativa (que se resolverán con la procedencia a un nuevo deslinde o a la modificación del ya existente para incluirlas como tal demanio, **STS de 16 de abril de 2004,** Ar. 3567) o de construcciones artificiales realizadas con el fin de limitar su exten-

sión en favor de particulares **(STS de 18 de febrero de 2004,** Ar. 3273). O, asimismo, de las dunas, calificadas como demaniales por el mismo precepto **(SSTS de 12 y 14 de mayo y 9 de junio de 2004,** Ar. 3300, 3301 y 3603, respectivamente). O también de la zona marítimo-terrestre [art. 3.1.a) de la Ley de Costas], definida por el alcance que el oleaje hace de la misma **(STS de 15 de abril de 2004,** Ar. 2689).

Por supuesto, y como se hizo constar con anterioridad en esta misma Revista, la inclusión de estos y otros bienes análogos en el demanio a consecuencia de un procedimiento de deslinde es independiente de la eventualidad concreta 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. Más cuando no puede demostrarse un presunto trato favorable a los titulares de los bienes excluidos (**STS de 7 de junio de 2004,** Ar. 3936, FJ 3º).

La mencionada naturaleza demanial es, obviamente, permanente, de manera que sólo puede abandonarse por desafectación expresa de los bienes así calificados. Quiere decirse con esto que alteraciones concretas de sus características geomorfológicas, por intensas que sean, nunca provocan la conversión de su esencia, que se mantiene inalterada y que justifica la reivindicación de su demanialidad en cualquier tiempo a través del oportuno procedimiento de deslinde. Un buen ejemplo de lo dicho lo constituye el supuesto resuelto por la **STS de 12 de febrero de 2004,** Ar. 1921 –también tratado en el FJ 6º de la **STS de 2 de marzo de 2004,** Ar. 2492–, en el que concurren actuaciones tan llamativas como la aprobación de instrumentos urbanísticos municipales *ad hoc* y la consiguiente ejecución de los mismos sobre una zona de dunas, al punto de calificarla de suelo urbano municipal y edificar sobre ella aparcamientos, locales comerciales, balnearios, evacuatorios, paseo marítimo, puentes y canalizaciones diversas. Y ello, como alega la parte recurrente (un Ayuntamiento), al amparo que presuntamente debía otorgarle la no inclusión de la zona ahora en discordia, como dominio público, en un deslinde previo. Pues bien. Como destaca el Tribunal en su razonamiento –en el que rechaza, por supuesto, tal alegación–, la correcta interpretación del problema debe partir del reconocimiento de la verdadera finalidad de la vigente Ley de Costas: no sólo es la de conformar una regulación eficaz para la protección del dominio público marítimo-terrestre sino, también, la de imponer un remedio activo frente a las situaciones consumadas del pasado, en defensa de unos bienes constitucionalmente protegidos. Más concretamente. Lo que importa a esta regulación legal no es el terreno tal como ha sido transformado por obras o instalaciones, sino tal como el mismo es por naturaleza: las características naturales son las que determinan su calificación jurídica y son las que han de ser tenidas en cuenta al trazar el deslinde. Por eso, la circunstancia concreta de que un suelo haya sido incorporado a un proceso urbanizador no desnaturaliza su condición; la urbanización de un terreno no constituye un hecho excluyente de la definición legal de duna contenida en el art. 3.1.b) de la Ley de Costas. Aunque la zona dunar haya perdido a causa del mismo sus características naturales sigue siendo dominio público, puesto que no se ha producido su desafectación ni nadie –el recurrente en este caso– ha probado un derecho de propiedad a su favor, previo a la

conversión originaria en demanio. Propiedad previa, por cierto, que tampoco es apreciada en el caso analizado por la **STS de 6 de abril de 2004,** Ar. 2417.

Sí se demuestra este derecho, sin embargo, en el supuesto enjuiciado por la **STS de 25 de febrero de 2004,** Ar. 2352, en el que la declaración de demanialidad de unos terrenos particulares vino justificada por su invasión, en un momento concreto, por el mar. Esta invasión, sin embargo, desapareció permanentemente pocos años después, posibilitando la recuperación de los bienes por sus primitivos titulares, que venían amparados por la correspondiente inscripción registral. En casos como el descrito, resultan improcedentes deslindes posteriores que proclamen –ilegítimamente– el carácter demanial de bienes que, evidentemente, han dejado de tenerlo.

b) Procedimiento de deslinde

a') La falta de citación personal a los interesados al acto de apeo supone un vicio de anulabilidad subsanable mientras no produzca indefensión

Como procedimiento administrativo que es, el deslinde del dominio público marítimo-terrestre debe adecuarse a los principios y trámites establecidos con carácter común en la Ley 30/1992. Uno de ellos es la audiencia a los interesados, que impone la intervención de los propietarios afectados a lo largo de la tramitación del expediente con el fin de evitar su indefensión. Por eso, y como ha indicado el TS en diversas ocasiones, es preciso citarles al acto de apeo; omisión que, sin embargo, sólo determina vicio de nulidad invalidante si produce indefensión. No sucede esto en el deslinde concreto al que se refiere la **STS de 7 de junio de 2004,** Ar. 3936, en el que, de hecho, el recurrente ni siquiera pudo acreditar la titularidad dominical que le conferiría el carácter de interesado en el procedimiento. Por esta razón, no cabe formular reproche alguno a la Administración por no haberle dirigido la oportuna citación personal para el apeo.

b') No es necesaria nueva audiencia a los propietarios afectados si se introducen modificaciones no esenciales en el deslinde definitivo

Como recuerda la **STS de 2 de marzo de 2004,** FJ 5º, no es preciso abrir un nuevo período de información pública cuando se introduzcan en el acto definitivo de aprobación de deslinde modificaciones no sustanciales respecto de la delimitación provisional realizada previamente. Y no lo es porque este hecho no determina indefensión de los interesados, que ya han formulado sus observaciones en la fase de audiencia previa.

B) Limitaciones sobre propiedades colindantes: servidumbre de protección

a) La extensión de la servidumbre no se reduce en el caso de suelo urbanizable programado sin Plan Parcial aprobado a la entrada en vigor de la Ley de Costas

En el sentido afirmado por la **STS de 10 de febrero de 2004,** Ar. 3272, la aplicación de la Disposición Transitoria Tercera.2.a) de la vigente Ley de Costas no deja lugar a la duda

acerca de la extensión de la servidumbre de protección en aquellas zonas contiguas al demanio costero que tuvieran la calificación de suelo urbanizable programado y que carecieran de Plan Parcial aprobado a la entrada en vigor de la misma: 100 metros, en la medida en que remite a las previsiones generales de los arts. 23 a 26. Por eso, no cabe invocar la aplicación de la Disposición Transitoria Tercera.3 para lograr una reducción de tal extensión hasta los 20 metros, toda vez que la misma está pensada para zonas de suelo urbanizable programado con Plan Parcial o de suelo urbano. Y por eso tampoco cabe alegar, como hacían los recurrentes, que tal extensión máxima impedía la ejecución del planeamiento según la volumetría asignada en el Plan, porque ni existía derecho a urbanizar –para el que resultaba necesaria la aprobación de un Plan Parcial que no concurría– ni derecho al aprovechamiento urbanístico –que se adquiere una vez cumplidos los deberes de cesión, equidistribución y urbanización fijados por el planeamiento o la legislación urbanística aplicable–.

b) Hay que distinguir la servidumbre de protección costera del ejercicio de competencias urbanísticas autonómicas

La ampliación de la extensión de la servidumbre de protección establecida en la Ley de Costas de 100 a 500 metros por Decreto aprobado en ejercicio de las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y urbanismo no ha de interpretarse como una aplicación indebida de aquélla –que, por contra, ha sido plenamente respetada– sino como un legítimo ejercicio de estas últimas. Así lo determina la **STS de 18 de marzo de 2004,** Ar. 2746.

C) Usos del demanio marítimo

a) Los usos privativos requieren el otorgamiento previo de una concesión administrativa

a') El arrendatario, propietario de construcciones sobre el demanio legalizadas a la entrada en vigor de la Ley de Costas, tiene el mismo derecho a obtener una concesión de uso que el propietario de los terrenos

El razonamiento jurisprudencial contenido en la **STS de 9 de julio de 2004,** Ar. 4194, contiene algunas particularidades dignas de ser destacadas. Así, reconoce al recurrente –arrendatario de una finca inscrita en el Registro como de propiedad privada pero considerada como dominio público en virtud de un deslinde, y propietario a su vez de una construcción destinada a bar levantada en una parte de ella– el derecho a continuar como concesionario del uso de dicha construcción, toda vez que se había levantado, con la debida autorización municipal, en terrenos que según la legislación costera anterior eran de propiedad privada. En este sentido, rebate la argumentación planteada por Sentencia del Tribunal de instancia recurrida en casación, que limitaba el derecho de "transformación

concesional" reconocido por las Disposiciones Transitorias de la Ley de Costas de 1988 a los propietarios de los terrenos, nunca predicable de los arrendatarios. Dice el FJ 3º de esta STS:

> "se trata ahora de saber si los titulares de derechos de uso y disfrute sobre bienes incluidos en la zona marítimo-terrestre según la nueva legislación quedan desprotegidos frente a la Administración si el propietario, que concertó la atribución de esos derechos, no está interesado en la transformación de su derecho de propiedad en una concesión demanial. (...) La naturaleza de este régimen transitorio, según ha explicado la STC 149/1991, de 4 de julio, deriva de la consideración de la privación de las titularidades dominicales anteriores como una forma singular de expropiación, operando el valor económico de la concesión como compensación determinada *ope legis* por la privación del título dominical. Por esto mismo, los derechos de uso y disfrute legalmente constituidos sobre esos terrenos deben ser respetados por la Administración, por el plazo en que estuvieran constituidos, aunque nunca por un plazo superior al establecido para el dominio, y debe reconocerse a sus titulares el Derecho a defenderlos ante la Administración, con independencia de la posición de los propietarios".

b') La concesión se extingue por incumplimiento de su clausulado

En la medida en que las condiciones fijadas en las cláusulas concesionales son obligatorias para las partes, su incumplimiento determina la caducidad del título. Así ocurre en el supuesto analizado por la **STS de 21 de abril de 2004,** Ar. 2640, en que el exceso de ocupación de superficie demanial respecto de lo tolerado por la concesión supone motivo suficiente para declarar su caducidad.

c') Las concesiones de desecación de marismas y de otros terrenos ganados al mar no traslativas de la propiedad se extinguen por incumplimiento de las actividades adicionales que constituyen las condiciones de su disfrute

Una vez más ha de recordarse una doctrina ya señalada en anteriores entregas de esta Revista, y reiterada ahora por las **SSTS de 17 de diciembre de 2003,** Ar. 1909 de 2004 y **11 de mayo de 2004,** Ar. 3766. De acuerdo con ella, existen concesiones de desecación de marismas otorgadas al amparo de la legislación anterior que, frente a la regla general establecida en la Disposición Transitoria Segunda.2 de la Ley de Costas, no producen como efecto la transmutación de aquel bien demanial en privativo. La razón hay que buscarla en el objeto de las meritadas concesiones: no es sólo la procedencia a tal desecación sino también la realización de otra u otras utilizaciones adicionales, como son las agrícolas. Éste es el hecho que impide la transferencia de la propiedad de los terrenos públicos a manos privadas y ésta es, a la vez, la condición a la que ha de someterse el disfrute de la concesión. Por eso, su incumplimiento determinará la resolución de la misma.

A análogo razonamiento se procede en la **STS de 20 de enero de 2004,** Ar. 1910, esta vez en relación con unos terrenos ganados al mar en virtud de obras realizadas por el concesionario, para instalar en ellos una fábrica de conservas de pescado. Nuevamente se niega la existencia de desafectación implícita del demanio marítimo en favor de aquél.

Y nuevamente esta actividad añadida a la propiamente desecadora se erige en condición para el mantenimiento del disfrute de la concesión, determinando su incumplimiento la resolución de la misma.

b) Los usos comunes especiales requieren previa autorización administrativa

a') El título autorizatorio se extingue por transcurso del plazo de tiempo

El art. 52.4 de la Ley de Costas establece el carácter temporal de las autorizaciones de uso del demanio costero, que no podrá exceder de un año. Por eso, y como recuerda la **STS de 25 de mayo de 2004,** Ar. 3924, el transcurso del mismo determina su extinción, sin que exista ningún pretendido derecho a su renovación o prórroga.

b') La naturaleza de los servicios de temporada determina la inaplicación de las normas de contratación administrativa para su adjudicación

Es a la Administración costera a quien, como titular del demanio marítimo-terrestre, corresponde autorizar el uso común especial del mismo. Así sucede en el caso de los servicios de temporada (hamacas, sombrillas, velomares, etc.), respecto de cuya autorización tienen preferencia los Ayuntamientos que la soliciten, por mor del art. 53 de la Ley de Costas. Esto no significa que sean las Corporaciones las que, directamente, procedan a su prestación, siendo lo habitual la convocatoria subsiguiente de un concurso para su adjudicación entre los interesados concurrentes. Pues bien: de acuerdo con lo establecido en la **STS de 2 de marzo de 2004,** Ar. 2677, es la naturaleza misma de estos servicios de temporada –servicio público impropio– la que determina la inaplicación de la normativa de contratos al procedimiento de su adjudicación –aplicable, sin embargo, en el caso de servicios públicos en sentido propio y estricto–, y el consiguiente recurso, a los efectos, al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, aún vigente en tanto no se oponga a la normativa posterior. Por supuesto, tampoco cabe la aplicación analógica de las normas reguladoras de la concesión pública, al tratarse en todo caso de un título autorizatorio.

D) Puertos

a) Existe utilidad pública que justifica la expropiación de terrenos privados para su inclusión en zona de servicios portuarios

En los Planes de Utilización de los Espacios Portuarios –a aprobar en el caso de Puertos de Interés General por Orden del Ministerio competente– se incluirán no sólo los espacios objeto de uso presente sino también aquellos otros que, previsiblemente, serán necesarios para garantizar en el futuro el correcto desenvolvimiento de la actividad portuaria. Estos espacios "de reserva" no tienen por qué limitarse a terrenos de titularidad pública, entendiéndose presente el interés general, a efectos expropiatorios, en las parcelas y

solares que, por su ubicación, manifiesten idoneidad para los citados usos futuros. Por supuesto, la determinación de aquella necesidad e idoneidad de los terrenos corresponde a la Administración portuaria, que tiene reconocida, así, cierta discrecionalidad técnica, que no debe confundirse con arbitrariedad ni con desviación de poder cuando la decisión quede suficientemente motivada. Así sucede en el supuesto enjuiciado por la **STS de 9 de marzo de 2004,** Ar. 2022.

b) La denegación de una concesión de uso portuario por inviabilidad económica de su objeto supone un ejercicio correcto de la discrecionalidad administrativa

El TS, en su **STS de 20 de abril de 2004,** Ar. 2719, tampoco aprecia desviación de poder por parte de la Administración en la denegación de una concesión de uso privativo de un espacio portuario cuando la actividad que constituye el objeto de la misma –construcción de una terminal de descarga, ensacado y distribución de cemento en este caso– es claramente antieconómica. En efecto, la decisión acerca del otorgamiento de ese tipo de títulos se sitúa también en el ámbito de la discrecionalidad administrativa, lo que determina el análisis por parte del poder público de los condicionantes de todo tipo –viabilidad económica de la actividad a desarrollar incluida– que rodeen a la pretensión con el fin de motivar aquella resolución final. Más aun: el hecho de que los informes previos de los Técnicos del puerto fueran favorables al otorgamiento y la decisión denegatoria se apartara finalmente de lo allí indicado, lejos de demostrar la arbitrariedad pretendida, refuerza el correcto ejercicio de la potestad discrecional, más si se considera que empresas que sí dispusieron de concesiones para el ejercicio de la misma actividad terminaron viendo revocada su concesión por imposibilidad de cumplir las condiciones en ella establecidas.

c) Personal portuario: el servicio de amarre y desamarre de buques no es función propia de los Prácticos de Puerto

En contra de lo pretendido por la Corporación de Prácticos del Puerto de La Coruña, el TS, en su extensa **STS de 17 de febrero de 2004,** Ar. 1886, ratifica la doctrina expuesta en primera instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia, en el sentido de rechazar la existencia de un pretendido derecho preferente de aquel cuerpo a realizar las labores de amarraje y desamarraje de buques en los espacios portuarios. El análisis de la profusa normativa aplicable a la cuestión determina, a juicio del Tribunal, que de ninguna previsión contenida en aquélla puede deducirse tal derecho, quedando limitadas las funciones propias de los prácticos portuarios –art. 102 de la Ley de Puertos de 1992– al "asesoramiento a los Capitanes con el fin de facilitar su *entrada* y *salida* a puerto y las maniobras náuticas dentro de éste, en condiciones de seguridad". Cabe, pues, la adjudicación de la prestación del servicio portuario de amarraje y desamarraje a terceras personas, previo concurso.

E) Pesca marítima: las autorizaciones para construcción de buques pesqueros están sujetas a plazos de caducidad

Según determina la **STS de 20 de abril de 2004,** Ar. 3364, tanto la construcción como las obras de remodelación y reconversión de buques pesqueros requieren autorización

administrativa expresa al efecto. No se trata, sin embargo, de una autorización indefinida, viniendo limitada, por contra, por los plazos de caducidad establecidos con carácter general en la normativa reglamentaria vigente, que exoneran, así, de la necesidad de indicación individualizada de los mismos en cada título otorgado.

Destaca también este pronunciamiento la ausencia de vulneración del principio de confianza legítima en el hecho de que la Administración marítima hubiese autorizado, poco antes de finar tal plazo de caducidad, modificaciones en el proyecto de construcción del buque. A juicio del Tribunal, "aquélla actuó en el ejercicio de las competencias que le eran propias, sin perjuicio de las que correspondían en materia de pesca", debiendo separarse, en su consideración, la decisión técnica de la propiamente administrativa que supone la declaración de caducidad.

5. CARRETERAS

A) Accesos: Cuestiones relacionadas con estaciones de servicio

En la **STS de 30 de marzo de 2004**, Ar. 1907, se revoca la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 1999, que había declarado conforme a Derecho una Resolución de la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento, que acordó el cierre de los accesos a una estación de servicio por traslado de la anteriormente existente a otro lugar.

En este caso, se discute sobre la obligación o no de la empresa que solicitó la autorización de tralado de clausurar los accesos de la nueva estación. En relación con ello, el TS revoca Sentencia de instancia y considera que el plazo de 30 días que estableció la Administración lo era para cerrar la antigua estación de servicio cuando se abriese la nueva, debiendo cerrarse también los accesos de la antigua. El plazo no se refería a la obligación de cerrar la nueva estación.

B) Zona de afección: diversas cuestiones

Por otra parte, en la **STS de 15 de febrero de 2004,** Ar. 1874, se confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de febrero de 1999, que había desestimado el recurso presentado por una empresa petrolera, en relación con un proyecto de trazado de un área de servicio, sin que haya sido infringido, con la aprobación del trazado, el art. 23.4 de la Ley de Carreteras de 1988, en relación con la denegación de la autorización para construir una estación de servicio.

En otro orden de cosas, la **STS de 15 de abril de 2004**, Ar. 2076, se refiere también a una autorización para la construcción de una estación de servicio (por una empresa que ya tenía autorización para otra estación en el otro margen de la carretera), en este caso

denegada por la Demarcación de Carreteras de Castilla-La Mancha. Resolución que el TSJ de esta Comunidad Autónoma consideró ajustada a Derecho y que ahora el Tribunal Supremo confirma.

De nuevo se invoca aquí el art. 23.4 de la LCarr. (y art. 83.3 de su Reglamento), que se refiere a la denegación de autorizaciones en la zona de afección de las carreteras en los casos previstos en los planes o proyectos de ampliación o variación de las carreteras en un futuro no superior a diez años.

En relación con ello, el TS estima que las actuaciones realizadas por la Administración en ese tramo concreto de carretera [por la existencia de una orden de estudio para realizar un estudio previo del art. 7.1.b) LCarr.] sí que son suficientes para considerar que se cumple el supuesto del hecho del art. 23.4 LCarr. y, por lo tanto, constituyen motivo para la denegación de la autorización.

En tercer lugar, debe destacarse aquí la **STS de 29 de marzo de 2004**, Ar. 1850, que se refiere a la denegación por la Administración del Estado de una autorización de acceso a una estación de servicio desde la autovía de Extremadura. La estación de servicio fue autorizada en 1993 con unas determinadas condiciones establecidas por la Administración.

El TS confirma nuevamente la Sentencia de instancia (en este caso del TSJ extremeño, de 24 de octubre de 2000) y da la razón a la Administración frente a la empresa que solicitó la autorización.

Por último, debemos también citar la **STS de 30 de marzo de 2004,** Ar. 1906, que confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 1999, que a su vez estimó conforme a Derecho la Resolución de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transportes, que aprobó el expediente de información pública y el estudio informativo de la autovía Cantabria-Meseta.

En este caso, se estima que el Estado no tiene obligación de mantener los accesos a una estación de servicios, pues éstos fueron concedidos de un modo provisional, mientras tanto no fuera puesta en servicio la mencionada autovía; teniendo en cuenta también que la Disposición Transitoria Cuarta del Reglamento de Carreteras de 1994 otorga a la Administración un plazo de tres años para revisar las autorizaciones y accesos que sean contrarios a lo establecido en la LCarr. de 1998. Y, ello, además, teniendo en cuenta también que la construcción de una autovía conlleva la eliminación de los accesos directos a la vía, que deben realizarse ahora a través de una vía de servicio.

La existencia de una estación de servicio no puede condicionar el trazado de una autovía, sino que por el contrario debe adaptarse a lo que establezca este último.

C) Autopistas de peaje

En este apartado, debe mencionarse la **STS de 23 de febrero de 2004,** Ar. 2039, que confirma la STSJ de Madrid de 2 de febrero de 1999 y desestima la pretensión de una

empresa concesionaria de autopistas (AVASA) en relación con la autorización de financiación de una operación con vencimiento en 1995 en el plazo de ocho años, imponiéndola en "ecus" en lugar de en francos suizos o marcos alemanes, por considerar que era más conveniente para el erario público la utilización del "ecu" para realizar la operación, por comportar mayores costes la utilización del seguro de cambio en las monedas antes mencionadas.

El TS interpreta en este último sentido el art. 13.c) de la Ley de Autopistas de 1972 y los preceptos concordantes del Pliego general de 1973 y las normas específicas de la autopista Bilbao-Zaragoza (la que es objeto de este recurso). Por ello, la Administración puede elegir, como aquí ha hecho, la fórmula financiera más beneficiosa para el interés general.

6. MINAS: AYUDAS A LA MINERÍA

Sobre esta materia, destaca en esta ocasión la **STS de 23 de febrero de 2004**, Ar. 1891, que desestima el recurso de casación interpuesto por una empresa hullera contra la revocación por parte de la Administración de una subvención concedida en 1987, confirmando así el criterio de la Sentencia de 22 de diciembre de 1998 de la Audiencia Nacional.

En este caso, se estima que se han incumplido las condiciones pactadas en el Convenio suscrito en 1990 entre la empresa beneficiaria de la subvención y la Administración, por lo que es correcta la revocación de la subvención, y con ello la aplicación de lo establecido en la Orden Ministerial de 20 de octubre de 1987, que regula la concesión de ayudas en aplicación de las nuevas líneas de actuación en el sector minero. El art. 25 de la Ley 6/1977, de fomento de la minería, permite revocar subvenciones en los casos en que no se cumplen las condiciones establecidas en su otorgamiento.

7. PATRIMONIO CULTURAL

En este apartado, debemos hacer mención de la **STS de 23 de febrero de 2004**, Ar. 1745, que confirma el criterio del TSJ del País Vasco, que en su Sentencia de 13 de febrero de 1998 confirmó la Resolución del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Bizkaia, en relación con unas sanciones por derribo de un edificio sin haber existido antes declaración de ruina y sin contar con autorización de la Diputación Foral, y por otros conceptos en relación con otros edificios.

El TS considera que las sanciones son correctas, y ajustadas a lo establecido en la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico, al haberse causado unos daños al patrimonio cultural por parte de las personas sancionadas.

8. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO

A) Puertos: a vueltas con la reserva de ley

Habida cuenta de las sucesivas reacciones del legislador estatal para atajar una jurisprudencia decididamente encaminada a anular las prestaciones portuarias por infracción del principio de reserva de ley tributaria al amparo de la normativa estatal de 1992 (Ley 27/1992, de 24 de noviembre), las sentencias que se van dictando han de examinarse con sumo cuidado.

En este sentido ha de señalarse que, primero, la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, introdujo una regulación de rango legal detallada de las figuras en cuestión, sin perjuicio de seguir calificando algunas como precios privados. Más adelante, la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, se refiere a la liquidación de tarifas portuarias anuladas por sentencia judicial firme por servicios prestados antes de la adecuación legal de 1997. Y, por último, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, procura cerrar los últimos flecos que se hubieran escapado, asumiendo con rango formal de ley elementos otrora contenidos en reglamentos.

Resuelto el caso a partir del año 2001, se plantean numerosas controversias respecto de liquidaciones giradas antes y después de la reforma de finales de 1997.

Los tribunales ponen de manifiesto que, aunque se pueda discutir sobre la naturaleza de las prestaciones, la incorporación de sus elementos configuradores a una norma de rango legal evita su anulación, siempre a partir de una constitucionalidad de la ley que no se quiere plantear [cfr. **SSAN de 23 y 30 de septiembre, o 7 de octubre de 2003** (JT 2004, 458, 459, 460), etc.; **STSJ de Asturias de 29 de diciembre de 2003**, (JT 2004, 434); **STSJ del País Vasco de 12 de enero de 2004** (JT 710)].

Otro argumento interesante que se pone encima es que una hipotética estimación del recurso carecería de efectividad, a la vista de las disposiciones legales que permiten la práctica de nuevas liquidaciones al amparo de una retroactividad constitucional (cfr. Sentencias citadas de los TTSSJ de Asturias y del País Vasco).

No obstante ello, algunas salas siguen abonando la anulación de las liquidaciones ante el vicio de legalidad del instrumento jurídico originario que sustentaba la prestación [cfr. **SSTTSJ de Canarias (Las Palmas) de 17 de julio de 2002** (JT 2004, 658) o **de Galicia de 28 de noviembre de 2003** (JT 2004, 568)]. El Tribunal gallego rechaza expresamente la pérdida sobrevenida del objeto del recurso.

Obsérvese en la doctrina del TSJ de Galicia el diferente sentido de sentencias que enjuician la adecuación al principio de reserva de ley de prestaciones fijadas al amparo de la ley estatal y al amparo de leyes autonómicas, constantando la mayor pulcritud de estas últimas a la vista de los instrumentos jurídicos utilizados **[SSTTSJ de Galicia de 28 de noviembre y 30 de diciembre de 2003** (JT 2004, 506, 572 y 574)].

B) Canon de superficie de minas: vigencia tras las reformas sectoriales y tributarias de 1997 y 1998; naturaleza jurídica y posibilidad de actualizar su importe mediante genéricos aumentos previstos en leyes de presupuestos

Lasl **SSTJJ de Aragón de 12 y 26 de diciembre de 2003,** (JT 2004, 366 y 367) consideran indiscutible la vigencia de la prestación, sin que le afecten las modificaciones operadas en la legislación minera (1997) y tributaria (1998).

Por lo que respecta a su naturaleza jurídica coinciden básicamente todos los tribunales en que se trata de una tasa fiscal, no por utilización del dominio público, sino por prestación de servicios o realización de actividades (otorgamiento de autorizaciones). Además de la TSJ de Aragón, cfr. **SSTJJ de Castilla-La Mancha de 1 de octubre y 20 de noviembre de 2003** y **26 de enero de 2004** (JT 2004, 575, 579 y 481).

Se debate en todas estas sentencias si el importe de la prestación se actualizaría a través de la previsión genérica de la ley de presupuestos en orden a elevar en un porcentaje representativo del IPC la cuantía exigible el año anterior. Las diferentes salas discrepan en ello. Recogemos ahora la doctrina contraria de los dos tribunales mencionados. Para el TSJ de Aragón es correcto, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la capacidad normativa de este producto en materia tributaria. Dado que se trata de meras adaptaciones del tributo a la realidad. En contra, el TSJ de Castilla-La Mancha, que entiende que esa previsión sería aplicable sólo respecto de los preceptos reguladores de la cuantía de las tasas que contuvieran esa previsión, no siéndolo, en cambio, respecto de los casos en que no exista ese instrumento habilitante. Y eso es lo que ocurre con el canon de superficie de minas.

C) Tasas por la utilización del dominio público local: varias cuestiones

La **STSJ de Cataluña de 12 de febrero de 2004** (JT 583) 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.

Por su parte, la Sentencia del TSJ de Andalucía (Málaga) de 19 de noviembre de 2003 (JT 2004, 354) admite que la tasa por utilización del dominio público derivada de la reserva de espacios para entrada de vehículos pueda cuantificarse en función del número de vehículos que puedan ser custodiados en el interior del recinto afectado.

D) Tributación de los bienes del Estado y otras Administraciones: Exención en el IBI de los aparcamientos públicos en régimen de concesión

Con referencia a la legislación que regía con anterioridad a 2002, el Tribunal Supremo declaró aplicable la exención relativa a los bienes que sean propiedad de los municipios

en que estén enclavados, afectos al uso o servicios públicos a los aparcamientos públicos en régimen de concesión. Se trata de la **STS de 16 de marzo de 2004,** Ar. 1947, dictada resolviendo recurso de casación en unificación de doctrina, continuista con otras anteriores.

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) Incumplimiento del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: gestión de aceites usados. Prioridad al tratamiento mediante regeneración. Facultades limitadas de los Estados. B) Efecto directo para los particulares de los Pactos entre la Comunidad y los terceros Estados. Condiciones. Convenio para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación. Efecto directo de la regulación de la autorización de vertido (descarga). C) El concepto de "Plan" o "proyecto" a los efectos de la evaluación de sus efectos en zonas protegidas por la Directiva de hábitats (92/43/CE). Condiciones que deben cumplir estos proyectos. Una actividad autorizatoria anual, puede considerarse plan o proyecto. Condiciones de la adecuada evaluación. D) El concepto de residuos en relación a vertidos de hidrocarburos realizados por accidente. Conceptos de productor y poseedor de residuos y obligaciones consiguientes de cada uno de ellos. Gestión de una estación de servicio de una compañía petrolera. E) El traslado de residuos. La competencia de la autoridad de expedición para controlar la clasificación del objeto de traslado y oponerse a un traslado basado en una calificación errónea debe relacionarse con el procedimiento elegido por la autoridad de expedición para notificar la solicitud a la autoridad de destino. F) El traslado de residuos. Incompatibilidad con el derecho comunitario de normativa holandesa que otorga potestades para oponerse al traslado de residuos con el fundamento del porcentaje de residuos destinados a valorización en el propio Estado. Distinción entre valorización por eliminación e incineración. Jurisprudencia consolidada sobre la energía producida, consumida y utilizada durante el proceso. G) Incumplimiento de España de la Directiva 85/337/CEE. Proyecto de línea ferroviaria. Necesidad de evaluación de impacto ambiental aunque se trate de un desdoblamiento. No pueden fraccionarse los largos recorridos para no burlar el espíritu y letra de la Directiva. H) Aguas residuales urbanas, zonas sensibles y concepto de eutrofización.

Incumplimientos de la República Francesa de la Directiva 91/271. I) Calidad de aguas de baño. Incumplimientos de la República Portuguesa. Consideración de las obligaciones de los Estados miembros como de resultado. J) Referencia al resto de Sentencias producidas. **3. Actividades clasificadas. La dispensa que permite el art. 15 del RAC para la instalación de industrias insalubres a menos de 2.000 metros del núcleo habitado más próximo exige la previa acreditación de circunstancias especiales y la adopción de medidas suplementarias que justifiquen la excepcionalidad de la medida. 4. Evaluación de impacto ambiental. Las concesiones de aguas o las modificaciones de éstas, en cuya Orden de otorgamiento se incorporen las características del proyecto de construcción de la obra de las que se deduzca la necesidad de previa evaluación de impacto ambiental, deberán sujetarse a dicho procedimiento antes de su otorgamiento. 5. Espacios Naturales Protegidos. Se pueden aprobar instrumentos de ordenación urbanística en un municipio declarado Parque o Reserva Natural sin que exista previamente un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales. 6. Información ambiental. Las actas de inspección referentes a un supuesto escape radiactivo no son un documento inconcluso o inacabado que permita denegar la solicitud de acceso a la información en ellas contenida. 7. Aguas continentales.** A) Protección piscícola: uso de navegación sujeto a restricciones. B) Vertidos de aguas residuales: sanción por ausencia de autorización. **8. Minas: permisos de exploración de hidrocarburos en Canarias. 9. Fiscalidad medioambiental.** A) Cánones de saneamiento regionales: varias cuestiones. B) El Canon de Infraestructuras Hidráulicas de Cataluña como tributo que grava el consumo de agua. C) El Impuesto gallego contra la contaminación atmosférica: diversas cuestiones resueltas desestimatoriamente.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida durante los meses de julio a octubre, inclusive, de 2004; la ordinaria del TS publicada en el *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* desde la Sentencia 1720 a la 4450 del RA (cuadernillos 7 a 18) y la Constitucional desde la 104/2004, de 28 de junio, a la 179/2004, de 18 de octubre.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Son muy numerosas las Sentencias aparecidas durante este período por lo que nos centramos únicamente en las más singulares, haciendo especial hincapié en las que resuelven cuestiones prejudiciales.

A) Incumplimiento del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: gestión de aceites usados. Prioridad al tratamiento mediante regeneración. Facultades limitadas de los Estados

La **STJCE de 15 de julio de 2004 (Sala Primera), As. C-424/02,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, constata el incumplimiento de este país de algunas obligaciones fijadas por la Directiva 75/439/CEE del Consejo, de 16 de junio de 1975, relativa a la gestión de aceites usados, modificada por la Directiva 87/101/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, que obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para dar prioridad al tratamiento de los aceites usados mediante regeneración.

La cuestión controvertida en esta Sentencia se concreta en relación a la interpretación del art. 3.1 de la Directiva que dispone que "Cuando los condicionantes de orden técnico, económico y de organización lo permitan, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para dar prioridad al tratamiento de los aceites usados por regeneración". En concreto el Reino Unido desprende de tal texto que él ha cumplido con la Directiva en cuanto ha identificado y examinado una serie de obstáculos que se oponen para el fomento de la regeneración de los aceites usados. Consiguientemente, ha dispuesto otras medidas distintas. Su interpretación del art. 3.1 es que dicho precepto no establece obligaciones incondicionales para los Estados de adoptar medidas para que tenga lugar la regeneración de aceites usados.

Frente a ello, el Tribunal recuerda alguna jurisprudencia suya anterior –Sentencia de 9 de septiembre de 1999, Comisión/Alemania (C-102/97) que se comentó en *Justicia Administrativa*, núm. 6, 2000, XIII.2.B)– según la cual el art. 3.1 de la Directiva forma parte de una disposición que expresa de forma global la obligación impuesta a los Estados miembros y que el legislador comunitario no deseaba establecer excepciones limitadas a una norma de aplicación general, sino definir el ámbito de aplicación y el contenido de una obligación positiva de garantizar la prioridad al tratamiento de aceites usados por regeneración. Consiguientemente, la definición de los condicionantes que impidieran, en su caso, la regeneración de los aceites usados no podría pertenecer exclusivamente a los Estados miembros, pues ello sería contrario "al principio de interpretación y de aplicación uniforme del derecho comunitario" dado que se desembocaría en una definición de oportunidad de los Estados miembros.

Como el Tribunal constata que el Reino Unido no ha adoptado medidas concretas con objeto de garantizar que se dé prioridad al tratamiento por regeneración de los aceites usados y que se ha limitado a identificar condicionantes, a estudiar el mer-

cado y a examinar las medidas que podrían adoptarse (punto 26 de la Sentencia), se concluye en el incumplimiento de este Estado dado que, además, hasta 2002 no se adoptó un Plan de gestión de residuos y ello que la directiva obligaba a partir de 1 de enero de 1990.

B) Efecto directo para los particulares de los Pactos entre la Comunidad y los terceros Estados. Condiciones. Convenio para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación. Efecto directo de la regulación de la autorización de vertido (descarga)

La cuestión indicada en la rúbrica es tratada por la **STJCE (Sala Segunda) de 15 de julio de 2004, As. C-213/03**, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal (art. 234 CE) por la *Cour de Cassation* (Francia) destinada a obtener una decisión prejudicial en un litigio entre el Sindicato profesional de coordinación de los pescadores de la laguna de Berre y de la región y la empresa Electricidad de Francia. El texto sobre el que versa la disputa es el art. 6.3 del Protocolo sobre la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación de origen terrestre, firmado en Atenas el 17 de mayo de 1980 y aprobado por la Decisión 83/101/CEE del Consejo, de 28 de febrero de 1983, así como del art. 6.1 del mismo protocolo, tal como fue enmendado por la Conferencia de plenipotenciarios celebrada en Siracusa los días 7 y 8 de marzo de 1996, habiendo sido aprobadas las enmiendas por la Decisión 1999/801/CE del Consejo, de 22 de octubre de 1999.

La disputa versa en torno a la pretensión del Sindicato de Pescadores de que se impida a la empresa la explotación de una central eléctrica que no posee autorización para descargar aguas sobre la laguna –que es de agua salada y comunica directamente con el Mediterráneo– produciendo dichos vertidos una contaminación en el sentido de un artículo del protocolo de 1980. A esos efectos el sindicato requiere la adopción de medidas cautelares contra la empresa. El art. 6.3 del protocolo es el que recoge la necesidad de autorización de las descargas (vertidos) para impedir la contaminación.

Lo que el Tribunal francés pregunta al Tribunal comunitario es si del convenio puede deducirse un efecto directo de los pactos para los justiciables "de modo que toda persona interesada pueda invocarlo ante los órganos jurisdiccionales nacionales en apoyo de una acción dirigida a obtener el cese de las descargas de agua que no hayan sido autorizadas conforme al procedimiento y los criterios que prevé" (punto 25 de la Sentencia).

El Tribunal de Justicia comienza reiterando su jurisprudencia acerca de que "una disposición de un acuerdo celebrado por la Comunidad con terceros países debe considerarse directamente aplicable cuando, a la vista de su tenor, de su objeto, así como por la naturaleza del acuerdo, contiene una obligación clara y precisa, que en su ejecución o en sus efectos, no se subordina a la adopción de acto ulterior alguno" (véanse, en particular, las Sentencias Demirel de 30 de septiembre de 1987, apartado 14, y de 8 de mayo de 2003, Wählergruppe Gemeinsam, C-171/01, Rec. p. I-4301, apartado 54)" (punto 39 de la Sentencia).

A partir de la cita de esta Sentencia se indica que el art. 6.3 del protocolo consagra "en términos claros, precisos e incondicionales, la obligación impuesta a los Estados miembros de sujetar las descargas de sustancias mencionadas en el anexo II del mismo Protocolo a la expedición de una autorización por las autoridades nacionales competentes, para lo cual se han de tener debidamente en cuenta las disposiciones de su anexo III" (punto 42 de la Sentencia). Por tanto se concluye que los particulares del caso –el Sindicato de pescadores– tenían derecho a invocar las disposiciones ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

En la misma línea que esta Sentencia debe verse la **STJCE (Sala Segunda) de 7 de octubre de 2004, As. C-239/03,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas, con la República Francesa, constata el incumplimiento de este Estado de las obligaciones que le imponía el Convenio de 1980 en relación a la protección de la laguna de Berre. Desde dos procedimientos judiciales muy próximos en el tiempo y basados en distinta técnica, se ha llegado, pues, a conclusiones de tenor semejante en relación al mismo lugar.

C) El concepto de "Plan" o "proyecto" a los efectos de la evaluación de sus efectos en zonas protegidas por la Directiva de hábitats (92/43/CE). Condiciones que deben cumplir estos proyectos. Una actividad autorizatoria anual, puede considerarse plan o proyecto. Condiciones de la adecuada evaluación

Otra vez aparece en la jurisprudencia comunitaria una cuestión relativamente "clásica" y que ahora es tratada por **la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 7 de septiembre de 2004, recaída en el asunto C-127/02**, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal (art. 234 CE) por el *Raad van Staate* (Países Bajos) en un procedimiento que ante él se sigue entre dos organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección de las aves y el *Staatssecretaris van Landbouw,* Naturbeheer en Visserij. La petición trata de observar la compatibilidad entre unas licencias expedidas por dicho órgano gubernamental para la recogida del berberecho en el Waddenzee, que está declarado como zona de protección especial por la Directiva aves (79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres) y las exigencias del art. 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 silvestre.

En concreto, el art. 6.3 de la Directiva 92/43/CEE dice que: "Cualquier plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares, ya sea individualmente o en combinación con otros planes y proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho lugar. A la vista de las conclusiones de la evaluación de las repercusiones del lugar y supeditado a lo dispuesto en el apartado 4, las autoridades nacionales competentes sólo se declararán de acuerdo con dicho plan o proyecto tras haberse asegurado de que no causará perjuicio a la integridad del lugar en cuestión y, si procede, tras haberlo sometido a información pública".

Lo que las organizaciones no gubernamentales indican es que la actividad a que se refieren las licencias expedidas para la recogida del berberecho debía enmarcarse en el concepto de "plan o proyecto" y, por tanto, debían haber sido precedidas de la correspondiente evaluación de sus efectos. El *Raad van Staate* preguntó al Tribunal de Justicia si estas actividades que se practican hace muchos años y para las cuales se expide cada año una licencia para un período limitado debían considerarse "plan o proyecto" y, por tanto, procederse a una evaluación en cada ocasión en que se solicitara la licencia. Había algunas otras preguntas relacionadas con la principal (punto 19 de la Sentencia).

El Tribunal, a partir de la consideración de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, relativa a la evaluación de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, señala que esta actividad de recogida del berberecho entra en el concepto de plan o proyecto y, en consecuencia, cada año debe ser objeto de una evaluación en el sentido del art. 6.3 de la Directiva hábitats (punto 29 de la Sentencia).

En relación a otras cuestiones planteadas, el Tribunal indica que para aplicar el art. 6.3 de la Directiva hábitats no debe existir la "certeza" sino sólo la probabilidad de que esa actividad puede tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente (puntos 41 y 42 de la Sentencia). Además y teniendo en cuenta el "principio de cautela" (art. 174.2 CE) con el que debe interpretarse la Directiva hábitats, esa probabilidad existirá "desde el momento en que no cabe excluir, sobre la base de datos objetivos, que dicho plan o proyecto afecte al lugar en cuestión de forma apreciable" (punto 44 de la Sentencia).

Por otra parte el Tribunal indicará que una "adecuada evaluación" es la que se realiza a la luz de los mejores conocimientos científicos sobre la materia y trata de todos los aspectos del plan o proyecto que, por sí solos o en combinación con otros planes o proyectos, puedan afectar a los objetivos de conservación. A la vista de las conclusiones de la evaluación, las autoridades correspondientes sólo deberán autorizar la actividad "si tienen la certeza de que no producirá efectos perjudiciales para la integridad de ese lugar. Así sucede cuando no existe ninguna duda razonable, desde un punto de vista científico, sobre la inexistencia de tales efectos" (punto 61 de la Sentencia).

Todo lo anterior, dirá el Tribunal, puede ser invocado por los particulares ante los Tribunales (punto 66 de la Sentencia) y éstos examinar si el órgano administrativo nacional competente se ha atenido a las condiciones de la evaluación prevista en el art. 6.3 de la Directiva hábitats (puntos 66 y 69 de la Sentencia).

D) El concepto de residuos en relación a vertidos de hidrocarburos realizados por accidente. Conceptos de productor y poseedor de residuos y obligaciones consiguientes de cada uno de ellos. Gestión de una estación de servicio de una compañía petrolera

El concepto de residuos aflora periódicamente en la jurisprudencia comunitaria y, aunque parezca difícil, todavía quedan elementos matizados y matizables entre la realidad y la normativa comunitaria. Ahora la **STJCE (Sala Segunda) de 7 de septiembre de 2004,**

As. C-1/03, tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal (art. 234 CE) por la *Cour d'Appel* de Bruselas en un procedimiento que ante él se sigue entre los titulares de una estación de servicio, la empresa Texaco Belgium, SA, y la región de Bruselas-Capital. La petición que se realiza al Tribunal se refiere a la interpretación del art. 1, letras a), b) y c) de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1979, relativa a los residuos en su versión modificada por la Directiva 91/156/CE del Consejo, de 18 de marzo de 1991. El procedimiento judicial original se refiere a la imputación de un delito de abandono de residuos seguido contra los responsables de la empresa Texaco Belgium, SA, debido a una fuga accidental de hidrocarburos procedentes de una estación de servicio de esta empresa. En el procedimiento se va a dilucidar tanto el concepto de residuos como quién debe considerarse, en el caso concreto, como poseedor y productor de estos residuos con las obligaciones consiguientes para cada uno de ellos.

Efectivamente, de una estación de servicio propiedad de esta empresa aunque arrendada para su gestión a una persona (concesionario), se produjo un vertido que contaminó algunas tierras. Tras los correspondientes procesos y frente a la opinión de la región de Bruselas, el órgano jurisdiccional competente expresa sus dudas respecto a la posibilidad de considerar residuo el vertido accidental en la medida en que la tierra contaminada no ha sido excavada ni tratada. Por eso pregunta al Tribunal de Justicia si: "El art. 1, letra a), de la Directiva 75/442 (...) que define el concepto de 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', y el art. 1, letras b) y c), de la misma Directiva, que define al productor de residuos como 'cualquier persona cuya actividad produzca residuos (productor inicial) y/o cualquier persona que efectúe operaciones de tratamiento previo, de mezcla o de otro tipo que ocasionen un cambio de naturaleza o de composición de esos residuos' y al poseedor como 'el productor de los residuos o la persona física o jurídica que los tenga en su posesión', ¿deben interpretarse en el sentido de que pueden aplicarse a una empresa petrolera que produce hidrocarburos y los vende al concesionario de una de sus estaciones de servicio en el marco de un contrato de explotación autónoma que excluye cualquier vínculo de subordinación con ella cuando dichos hidrocarburos se infiltran en el suelo produciendo, de este modo, la contaminación de la tierra y las aguas subterráneas?" o bien debería decirse que la calificación jurídica de residuo sólo se produce una vez que la tierra así contaminada ha sido excavada?

Pues bien, el Tribunal responde basándose en las exigencias de alta protección que tiene la Directiva 75/442/CEE y, con fundamento en ello, indica que "si los hidrocarburos que originan la contaminación no fueran considerados residuos por el hecho de haber sido vertidos de manera involuntaria, su poseedor quedaría eximido del cumplimiento de las obligaciones que la Directiva 75/442 impone a los Estados miembros poner a cargo de aquél, contradiciendo la prohibición de abandonar, de verter y de eliminar incontroladamente los residuos" (punto 49 de la Sentencia). Eso quiere decir que el poseedor de los hidrocarburos que se vierten accidentalmente y contaminan la tierra y las aguas subterráneas "se desprende" de estas sustancias que deben, por tanto, calificarse de residuos (punto 50 de la Sentencia). Estos residuos serían, además, peligrosos (punto 51).

Esa tierra contaminada por el vertido accidental sería, a su vez, residuo. Y ello porque los hidrocarburos vertidos accidentalmente no serían separables de la tierra que han contaminado y sólo podrían ser valorizados o eliminados si dicha tierra también fuera objeto de las operaciones necesarias de descontaminación. Afirma el Tribunal que "esta interpretación es la única que garantiza el cumplimiento de los objetivos de protección del medio ambiente y de la prohibición de abandono perseguidos por la (...) Directiva". Por tanto, el hecho de que esta tierra no sea excavada no incide en su calificación de residuos (puntos 52 y 53 de la Sentencia).

Otra cuestión es quién debería cumplir las obligaciones derivadas del carácter de residuo del vertido accidental. Las obligaciones de eliminación o valorización son en la Directiva propias del poseedor (art. 8), pero el principio de quien contamina paga también puede recaer sobre los poseedores anteriores o el productor del producto generador de los residuos (art. 15 Directiva 75/442).

Todo lo anterior querría decir que el concepto de poseedor de los residuos sería atribuible al gestor (concesionario) de la estación de servicio pero en el procedimiento judicial correspondiente podría advertirse que el mal estado de las instalaciones de almacenamiento podría también deberse al incumplimiento de las obligaciones contractuales de la empresa petrolera por lo que a ella podrían corresponderle también las obligaciones de asunción del coste de la eliminación de los residuos en cuanto productor de los mismos.

E) El traslado de residuos. La competencia de la autoridad de expedición para controlar la clasificación del objeto de traslado y oponerse a un traslado basado en una calificación errónea debe relacionarse con el procedimiento elegido por la autoridad de expedición para notificar la solicitud a la autoridad de destino

La **STJCE (Sala Quinta) de 19 de octubre de 2004, As. C-472/02,** tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal (art. 234 CE) por la *Cour d'Appel* de Bruselas en un procedimiento que ante él se sigue entre una empresa y el Instituto de Bruselas para la gestión del medio ambiente. La petición se dirige a la interpretación 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 salida de la Comunidad Europea, en su versión modificada por las Decisiones 98/368/CE de la Comisión, de 18 de mayo de 1998 y 1999/816/CE de la Comisión, de 14 de noviembre de 1999. Por otra parte en el ordenamiento jurídico básico hay que tener en cuenta también la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1979, relativa a los residuos en su versión modificada por la Directiva 91/156/CE del Consejo, de 18 de marzo de 1991 y por la decisión 96/350/CE de la Comisión, de 24 de mayo de 1996.

La empresa a la que se refiere el procedimiento presentó una petición para trasladar residuos a Alemania. Dicha empresa explota en Bruselas una fábrica de incineración de residuos domésticos y de productos similares. Ello implica la producción de residuos, en

particular sales. La empresa tenía un contrato con otra alemana para el enterramiento de sales en las galerías de las minas de sal del Teutschenthal.

En la petición de traslado la empresa clasificó la operación como de valorización del tipo R 5 Reciclado o recuperación de otras materias inorgánicas a que se refiere el anexo II B de la Directiva. El Instituto de Bruselas consideró que la operación consistía en el traslado de residuos destinados a la eliminación del tipo D 12 Depósito permanente (por ejemplo, colocación de contenedores en una mina) y así se lo trasladó a la autoridad competente en Alemania. Esta autoridad se opuso a la solicitud por considerar que según el derecho nacional sobre minas, en la mina de Teutschenthal sólo podía aceptarse la valorización y no la eliminación.

Debe recordarse que al haber decidido notificar la autoridad de expedición a la autoridad de destino directamente, en lugar de hacerlo el notificante, eligió la práctica de un procedimiento (regulado en el art. 6.8 del Reglamento) que tendrá determinadas consecuencias.

La empresa se dirigió otra vez al Instituto de Bruselas manteniendo su petición e indicando que la autoridad de expedición estaba obligada a remitir sin más la notificación a la autoridad competente de destino, sin que pudiera clasificar la finalidad del traslado tal y como indica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. [Citaba, así, a la Sentencia de 27 de febrero de 2002, en el asunto C-6/00, comentada en *Justicia Administrativa*, núm. 16, 2002, XIII.2 J)].

El Tribunal, recordando la Sentencia de 27 de febrero de 2002, indicará que "todas las autoridades competentes destinatarias de la notificación de un proyecto de traslado de residuos deben comprobar que la clasificación efectuada por el notificante se ajuste a lo dispuesto en el Reglamento y oponerse al traslado cuando tal clasificación sea incorrecta" (punto 27 de la Sentencia que comentamos). Por ello, la autoridad de expedición debe formular las objeciones que crea convenientes pero no puede "efectuar de oficio una nueva clasificación de la finalidad de un traslado de residuos, dado que esta nueva clasificación unilateral tendría como consecuencia que un mismo traslado fuera examinado por las autoridades competentes a la luz de disposiciones de distintos capítulos del Reglamento, lo que sería incompatible con el sistema establecido por éste" (punto 28 de la Sentencia).

Lo que debería haber hecho la autoridad de expedición al haber elegido el procedimiento de notificación a que hace referencia el art. 6.8 del Reglamento, por tanto, es remitir la solicitud a la autoridad de destino y en el plazo máximo de treinta días desde el acuse de recibo de ésta (art. 7.2 del Reglamento) dar a conocer por todos los medios posibles al notificante y a las demás autoridades competentes, su objeción basada en el carácter incorrecto de la clasificación. Al haber clasificado por sí misma, ha incumplido las obligaciones presentes en el Reglamento.

Si hubiera elegido el procedimiento del artículo 3.8, es decir, no notificar y formular inmediatamente objeciones, podría haberlo hecho discutiendo al notificante la clasificación adecuada. Pero no lo hizo así.

F) El traslado de residuos. Incompatibilidad con el derecho comunitario de normativa holandesa que otorga potestades para oponerse al traslado de residuos con el fundamento del porcentaje de residuos destinados a valorización en el propio Estado. Distinción entre valorización por eliminación e incineración. Jurisprudencia consolidada sobre la energía producida, consumida y utilizada durante el proceso

Otra Sentencia sobre esta problemática del traslado de residuos es la **STJCE (Sala Primera) de 14 de octubre de 2004, As. C-113/02**, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas con el Reino de los Países Bajos. Lo que pretende la Comisión es que se declare que el Reino de los Países Bajos ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 7.4 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 salida de la Comunidad Europea, y de los arts. 1, letras e), f) y 7.1 de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1979, relativa a los residuos en su versión modificada por la Directiva 91/156/CE del Consejo, de 18 de marzo de 1991 y por la decisión 96/350/CE de la Comisión, de 24 de mayo de 1996, así como del art. 82 CE en relación con el art. 86 CE.

Lo que se imputa al Reino de los Países Bajos es la falta de amparo en el derecho comunitario de unas disposiciones nacionales que permiten formular objeciones al traslado de residuos cuando al menos un 20 por ciento de los residuos sea valorizable en los Países Bajos y el porcentaje de residuos valorizables en el Estado miembro de destino sea inferior al del Estado miembro de expedición. Igualmente se imputa que el derecho neerlandés prevé que la valorización por incineración debe distinguirse de la eliminación por incineración en función de un criterio que combina el nivel del valor calorífico generado durante la combustión de los residuos con el contenido en cloro de éstos y su eliminación.

El Tribunal responderá a la primera de las cuestiones que el sistema holandés de traslado de residuos al permitir formular una objeción basándose no sólo en una evaluación independiente de los aspectos económicos y ecológicos de la operación de valorización en el Estado de destino, sino también en la capacidad de tratamiento que exista en el Estado de expedición, es contraria a jurisprudencia del propio Tribunal que ha considerado que no cabe aplicar consideraciones relacionadas con la autosuficiencia y la proximidad a los traslados de residuos destinados a la valorización (Sentencia de 25 de junio de 1998, asunto C-203/96). (Punto 21 de la Sentencia.)

En relación a la segunda de las cuestiones, el Tribunal vuelve a referirse a una de sus Sentencias, la de 13 de febrero de 2003, asunto C-228/00 [comentada en *Justicia Administrativa*, 20, 2003, XIII.2.A) en realidad esa sentencia se fundamenta en otra de la misma fecha recaída en el asunto C 428/00 y también comentada en el mismo número de *Justicia Administrativa*)]. En ella y para distinguir lo que era una operación de valorización en una operación de combustión se dijo que debían existir tres requisitos: en primer lugar que la finalidad esencial de la operación debía ser la producción de energía; en segundo lugar, la energía generada debería ser superior a la consumida durante el pro-

ceso de combustión y una parte del excedente de energía generado debía ser utilizado efectivamente, bien inmediatamente, en forma de calor producido por la incineración, bien tras su transformación en forma de electricidad. En tercer lugar, debía consumirse la mayor parte de los residuos durante la operación debiendo recuperarse y utilizarse la mayor parte de la energía generada (punto 31 de la Sentencia).

En tanto que la normativa holandesa acude a criterios distintos de éstos para distinguir la valorización de la eliminación, se juzga no adecuada al derecho comunitario.

G) Incumplimiento de España de la Directiva 85/337/CEE. Proyecto de línea ferroviaria. Necesidad de evaluación de impacto ambiental aunque se trate de un desdoblamiento. No pueden fraccionarse los largos recorridos para no burlar el espíritu y letra de la Directiva

La **STJCE (Sala Primera) de 16 de septiembre de 2004, As. C-227/01**, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, constata el incumplimiento de nuestro país de algunas obligaciones fijadas por la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, al no haber sometido a evaluación el impacto ambiental del "proyecto de línea Valencia-Tarragona, tramo Las Palmas-Oropesa. Plataforma", que forma parte del proyecto denominado "Corredor del Mediterráneo".

El procedimiento se inició por una denuncia. La Comisión aduce que sin duda dicho tramo precisaba de evaluación al encontrarse mencionado en el punto 7 del anexo I de la Directiva a la que remite su art. 4.1. El Gobierno español responde, en cambio, que no era necesaria la evaluación pues se trataba del mero desdoblamiento de la única vía incial y eso no es una construcción. Además, se trataba de un tramo de escasa longitud. Aduce, además, que en todo caso estaba contemplada por una revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Benicassim que estuvo precedido por una declaración de impacto.

El Tribunal va a responder que un desdoblamiento de línea ferroviaria precisa de evaluación pues el objetivo de la Directiva es someter este procedimiento a los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente. Por otra parte, este tramo estaba incluido en una gran línea (corredor del Mediterráneo) y si se permitiera a los Estados fraccionar en pequeños trazados, quedaría burlado el objeto de la Directiva. Finalmente, lo relativo al municipio de Benicassim sería sólo aplicable al mismo.

H) Aguas residuales urbanas, zonas sensibles y concepto de eutrofización. Incumplimientos de la República Francesa de la Directiva 91/271

La **STJCE (Sala Segunda) de 23 de septiembre de 2004, As. C-280/02,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República francesa, constata el incumplimiento de este país de algunas obligaciones fijadas por la Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas, al no haber identificado determinadas zonas sensibles a la eutrofización y no

haber sometido a un tratamiento más riguroso a los vertidos de aguas residuales urbanas de las aglomeraciones urbanas que representen un equivalente habitante (e-h) superior a 10.000 en las zonas sensibles o que deberían haber sido identificadas como sensibles.

La Sentencia presenta diversos puntos de interés. Quizás el menor sea el repaso a las condiciones de las zonas que no se han declarado como sensibles. Aquí sólo podemos indicar que en el proceso judicial la Comisión no consigue demostrar el carácter de la mayor parte de zonas sensibles que propugnaba. Otro interés radica en el concepto de eutrofización, básico para la declaración como zonas sensibles y en el que el Tribunal destaca, con fundamento en el art. 2.11 que la eutrofización se caracteriza por una conjunción de cuatro condiciones:

– El aumento de nutrientes en el agua, especialmente de los compuestos de nitrógeno y de fósforo.

– El crecimiento acelerado de algas y de especies vegetales superiores.

– Un trastorno no deseado en el equilibrio entre organismos presentes en el agua.

– Una degradación de la calidad del agua de que se trate.

Se añade que para que se dé eutrofización en el sentido de la Directiva 91/271, hace falta una relación de causa a efecto, por una parte, entre el aumento de nutrientes y el crecimiento acelerado de algas y de especies vegetales superiores y, por otra, entre este crecimiento aclerado y el trastorno no deseado del equilibrio de los organismos presentes en el agua, así como una degradación de la calidad del agua (puntos 18 y 19 de la Sentencia).

Con fundamento en todo lo anterior, la Sentencia irá pasando revista a distintas zonas sobre las que se desarrolla el recurso de la Comisión deduciendo las pertinentes consecuencias.

I) Calidad de aguas de baño. Incumplimientos de la República Portuguesa. Consideración de las obligaciones de los Estados miembros como de resultado

La **STJCE (Sala Segunda) de 15 de julio de 2004, As. C-272/01**, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Portuguesa, constata el incumplimiento de este país de algunas obligaciones fijadas por la Directiva 76/160/CEE del Consejo, de 8 de diciembre de 1975, relativa a la calidad de las aguas de baño, al no haber adoptado todas las disposiciones necesarias para que la calidad de las aguas de baño se ajuste a los valores límite obligatorios en virtud del art. 3 de dicha Directiva.

La Sentencia que se comenta examina otras muchas cuestiones (identificación de todas las zonas de baño, frecuencia mínima de muestreo) pero el resultado final es el que se refiere en el párrafo anterior que es lo único que la Sentencia considera probado (a partir de la consideración de las obligaciones de la Directiva como obligaciones de resultado) y dicho incumplimiento es, además, referido a la fecha límite del dictamen motivado, pues Portugal aduce que un período más tarde el cumplimiento era de mucho mayor porcentaje que el imputado por la Comisión.

J) Referencia al resto de Sentencias producidas

Como se ha advertido al comienzo de este comentario, es realmente espectacular el número de Sentencias en materia de medio ambiente que el Tribunal de Justicia ha emitido en el período considerado. Ello impide un comentario a todas ellas, habiéndose elegido sólo las más significativas. No obstante y a continuación se enumeran cronológicamente con referencia sucinta al tema, el resto de sentencias producidas.

– Sentencia de 8 de julio de 2004, As. C-27/03. Incumplimiento del Reino de Bélgica en relación a obligaciones fijadas por la Directiva 91/271/CEE sobre aguas urbanas residuales.

– Sentencia de 8 de julio de 2004, As. C-214/03. Incumplimiento de la República de Austria en relación a la Directiva 88/609/CEE sobre limitación de las emisiones de algunos contaminantes en la atmósfera provenientes de grandes instalaciones de combustión.

– Sentencia de 15 de julio de 2004, As. C-407/03. Incumplimiento de la República de Finlandia sobre la Directiva 92/43/CEE, sobre conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora salvajes.

– Sentencia de 15 de julio de 2004, As. C-419/03. Incumplimiento de la República Francesa de obligaciones fijadas por la Directiva 2001/18/CE relativa a la diseminación voluntaria en el medio ambiente de organismos modificados genéricamente.

– Sentencia de 15 de julio de 2004, As. C-420/03. Incumplimiento de la República Federal de Alemania de obligaciones fijadas por la Directiva 2001/18/CE relativa a la diseminación voluntaria en el medio ambiente de organismos modificados genéricamente.

– Sentencia de 9 de septiembre de 2004, As. C-383/02. Incumplimiento de la República Italiana de obligaciones fijadas por la Directiva 75/442/CE, residuos.

– Sentencia de 9 de septiembre de 2004, As. C-375/02. Incumplimiento de la República Italiana de obligaciones fijadas por la Directiva 75/442/CE, residuos.

– Sentencia de 16 de septiembre de 2004, As. C-423/03. Incumplimiento de la República de Finlandia de obligaciones fijadas por la Directiva 2001/18/CE relativa a la diseminación voluntaria en el medio ambiente de organismos modificados genéricamente.

– Sentencia de 16 de septiembre de 2004, As. C-248/02. Incumplimiento de la República Italiana de obligaciones fijadas por la Directiva 86/278, sobre diversas obligaciones medioambientales.

– Sentencia de 30 de septiembre de 2004, As. C-417/03. Incumplimiento del Reino de Bélgica de distintas obligaciones fijadas por la Directiva 2001/18/CE relativa a la diseminación voluntaria en el medio ambiente de organismos modificados genéricamente.

– Sentencia de 7 de octubre de 2004, As. C-103/02. Incumplimiento por la República Italiana de diversas obligaciones fijadas por la Directiva 75/442, residuos.

– Sentencia de 12 de octubre de 2004, As. C-431/02. Incumplimiento por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de diversas oblgiaciones fijadas por la Directiva 91/689/CEE, relativa a residuos peligrosos.

– Sentencia de 14 de octubre de 2004, As. C-339/03. Incumplimiento de la República Federal de Alemania de diversas obligaciones fijadas por la Directiva 1999/22/CE, relativa a la estancia de animales salvajes en un ambiente zoológico.

– Sentencia de 26 de octubre de 2004, As. C-406/03. Incumplimiento de Irlanda de diversas obligaciones presentes en el Reglamento 2037/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000, relativo a sustancias que empobrecen la capa de ozono.

– Sentencia de 28 de octubre de 2004, As. C-505/03. Incumplimiento de la República Francesa de diversas obligaciones presentes en la Directiva 80/778/CEE, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano.

– Sentencia de 28 de octubre de 2004, As. C-421/03. Incumplimiento del Reino de Luxemburgo de diversas obligacions fijadas por la Directiva 2001/18/CE relativa a la diseminación voluntaria en el medio ambiente de organismos modificados genéricamente.

– Sentencia de 28 de octubre de 2004, As. C-185/02. Incumplimiento de la República Portuguesa de diversas obligaciones presentes en la Directiva 96/59/CE, sobre eliminación de los policlorobifenilos y de los policloroterfenilos.

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS. LA DISPENSA QUE PERMITE EL ARTÍCULO 15 DEL RAC PARA LA INSTALACIÓN DE INDUSTRIAS INSALUBRES A MENOS DE 2.000 METROS DEL NÚCLEO HABITADO MÁS PRÓXIMO EXIGE LA PREVIA ACREDITACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES Y LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS SUPLEMENTARIAS QUE JUSTIFIQUEN LA EXCEPCIONALIDAD DE LA MEDIDA

El TS en su **STS de 23 de marzo de 2004,** Ar. 2292, ratifica la del TSJ de Cantabria que anuló la licencia de obras para la construcción de una fábrica de morteros secos, así como la resolución de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento que informó favorablemente la solicitud de la licencia de instalación de dicha fábrica.

La *ratio decidendi* del pronunciamiento anulatorio fue la inobservancia del requisito de la distancia mínima de 2.000 metros entre el emplazamiento y el núcleo habitado más próximo prescrita en el art. 4 del RAC, y la no aplicabilidad de la regla de excepción prevista en el art. 15 del mismo reglamento, al no acreditarse ni la existencia de circunstancias especiales, ni la adopción de medidas de seguridad suplementarias sobre las normalmente exigidas que puedan justificar la excepcionalidad que se solicitaba.

Partiendo de una interpretación de los preceptos citados que atienda al mandato constitucional del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona que se recoge en el art. 45 de la Constitución, al sentido propio de las palabras con que la norma se expresa, a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y, fundamentalmente, a su espíritu y finalidad, y siguiendo en parte su propia jurisprudencia, el TS concluye que "la dispensa de la regla general sobre distancias mínimas, en cuanto prevista sólo para casos excepcionales, no debe ser objeto de interpretaciones extensivas". Así mismo entiende que el informe favorable de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos ha de referirse, específicamente, al tema de la distancia, razonando cuáles son las circunstancias del caso concreto que justifican dispensar la regla general, y que esa singular motivación de la decisión que autoriza la dispensa debe permitir apreciar que las medidas correctoras impuestas no son sólo las que demanda el tipo de actividad de que se trate, sino, además, singularmente, las exigibles por la concreta circunstancia de la reducción de la distancia.

4. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. LAS CONCESIONES DE AGUAS O LAS MODIFICACIONES DE ÉSTAS, EN CUYA ORDEN DE OTORGAMIENTO SE INCORPOREN LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN DE LA OBRA DE LAS QUE SE DEDUZCA LA NECESIDAD DE PREVIA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL, DEBERÁN SUJETARSE A DICHO PROCEDIMIENTO ANTES DE SU OTORGAMIENTO

En los antecedentes de la cuestión debatida en la sentencia se plantea la discusión de si la modificación de las condiciones de una concesión para derivar aguas del Río Navia con destino a la producción de energía eléctrica, inicialmente otorgada mediante Orden de 9 de febrero de 1951, modificada por Orden de 1 de junio de 1963 y, en el supuesto

que determinó el enjuiciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS que ahora analizamos, modificada de nuevo por la Orden de 23 de mayo de 1995, requería o no de previa Evaluación de impacto ambiental con arreglo a lo dispuesto en el art. 90 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, vigente en el momento de dictar la Orden recurrida.

El TS, en su **STS de 9 de marzo de 2004,** Ar. 4030, declarará haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, desestimatoria a su vez del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las Resoluciones del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, de 23 de junio de 1993 y 23 de mayo de 1995, por las que se autorizó la modificación de las características de la concesión inicialmente otorgada.

La cuestión, como declara el TS en el Fundamento jurídico séptimo de la sentencia, se circunscribe a decidir si, a la vista de los hechos, se debería haber emitido por la autoridad administrativa ambiental la pertinente declaración de impacto ambiental mediante la tramitación del procedimiento previsto por el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, y por el RD 1131/1988, de 28 de junio, dictado para su desarrollo, con carácter previo al otorgamiento de la modificación de la concesión y en relación a ésta.

Entre los datos que constaban en la Orden impugnada figuraban: el caudal a derivar que podía alcanzar los 210 m^3/s, el presupuesto de ejecución material del Salto de Suarna, de 68 metros, que ascendía a 5.181.420.430 pesetas y el plazo de doce meses en los que se debería presentar el Proyecto de construcción de las obras e instalaciones en el que, entre otras precisiones, se decía que debía figurar la evaluación de las medidas correctoras propuestas en el Estudio de Impacto Medioambiental presentado.

La Dirección General de Obras Hidráulicas ordenó el 17 de noviembre de 1997, para mayores garantías y dado que no se ha aprobado el Proyecto de construcción de la Presa de Suarna, adecuar la Orden de 23 de junio de 1993 a la normativa vigente en materia ambiental, exigiendo que la construcción del aprovechamiento hidráulico del Salto de Suarna debía ser sometido al procedimiento reglado de Evaluación de Impacto Ambiental, agregando que no se otorgará autorización para iniciar las obras hasta conocer el resultado de la Declaración de Impacto Ambiental.

El TS va a tener presente para resolver el asunto la nueva redacción dada al art. 90 de la Ley de Aguas (hoy 98 del Texto Refundido). Entendiendo en su fundamento jurídico décimo que, además de haberse conculcado lo dispuesto por el art. 90 de la Ley de Aguas, en relación con lo establecido por los arts. 1 a 6 del RD Legislativo 1302/1986 y 4 a 22 del Reglamento 1131/1988, debe plantearse si resultaba obligatoria la tramitación del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental en relación a la modificación de la concesión solicitada al tratarse de un proyecto de aprovechamiento de agua para producción de energía eléctrica mediante la construcción de una gran presa incluida en los Anexos de las disposiciones citadas.

Llegando a la conclusión de que todas las características de la concesión modificada que figuraban en la Orden correspondiente demuestran que se estaba ante un auténtico proyecto de obras, de los definidos en los arts. 1 del RD Legislativo 1302/1986 y del Reglamento para su ejecución, y, como tal, debía haber sido sometida a evaluación de impacto ambiental. De tal manera que la decisión de la Dirección General de Obras Hidráulicas de que la construcción del aprovechamiento hidráulico del Salto de Suarna debe ser sometido al procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental se produce a destiempo, ya que las características de las obras a ejecutar estaban definidas ya en la Orden Ministerial impugnada, que no contó para su aprobación con esa evaluación reglada de impacto ambiental resuelta por el órgano administrativo de medio ambiente. Razón por la cual se estima el motivo de casación al vulnerarse por inaplicación el procedimiento reglado de evaluación de impacto ambiental al no haber sido sometida la Orden de modificación de la concesión a la previa evaluación de impacto ambiental.

5. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS. SE PUEDEN APROBAR INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA EN UN MUNICIPIO CUYO TERRITORIO ES DECLARADO PARQUE O RESERVA NATURAL SIN QUE EXISTA PREVIAMENTE UN PLAN DE ORDENACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES

La existencia de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales no es requisito imprescindible para la previa aprobación de instrumentos urbanísticos en un municipio cuyo término municipal esté enclavado en un Parque o Reserva Natural.

Así lo confirma la **STS de 7 de junio de 2004,** Ar. 4004, en su Fundamento jurídico undécimo, interpretando que así como de los arts. 5 y 7 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (LCEN) no se desprende que la elaboración de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales sea un presupuesto previo para la aprobación de un plan urbanístico en un terreno declarado Parque o Reserva Natural, del art. 19.2 de LCEN sí que resulta que si existe contradicción entre los planes medioambientales regulados en la Ley y los planes de ordenación territorial o urbanísticos existentes en el territorio aquéllos prevalecerán sobre éstos. Deduciendo así mismo que si bien del art. 15 de dicha Ley resulta 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, 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.

Y, continúa el Alto Tribunal, manifestando en la sentencia que, aunque recaigan sobre el mismo espacio físico, los planes urbanísticos y los medioambientales tienen una finalidad diferente, 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 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 protec-

ción efectuada. Razones por las que admite que, aunque no se haya aprobado un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales para el Parque Natural de Oyambre, pueden aprobarse unas Normas Subsidiarias de Planeamiento para el Ayuntamiento de San Vicente de la Barquera que era el afectado.

6. INFORMACIÓN AMBIENTAL. LAS ACTAS DE INSPECCIÓN REFERENTES A UN SUPUESTO ESCAPE RADIACTIVO NO SON UN DOCUMENTO INCONCLUSO O INACABADO QUE PERMITA DENEGAR LA SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN ELLAS CONTENIDA

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, estimatoria del recurso interpuesto contra la Resolución del Consejo de Seguridad Nuclear que denegó a la Asociación Ecologista de Defensa de la Naturaleza la solicitud de acceso a las actas de inspección referentes a un supuesto escape radiactivo en la factoría de Acerinox sita en los Barrios (Cádiz), "por afectar la solicitud a documentos o datos inconclusos y referirse a comunicaciones o deliberaciones internas de la Administración".

La causa de denegación se amparaba en el supuesto contemplado en el art. 2, apartado 3º, de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el Derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente que faculta para denegar el acceso a la información cuando la solicitud afecte a documentos o datos inconclusos o se refiera a comunicaciones o deliberaciones internas de la Administración. Interpretando la Audiencia Nacional que las actas de inspección mencionadas no son encuadrables en ese supuesto. Criterio que es compartido por el **STS de 17 de febrero de 2004,** Ar. 2226.

Los fundamentos de la sentencia se asientan sobre la interpretación directa de la Ley 38/1995, la derogada Directiva 90/313/CEE, de 7 de junio de 1990, de la que trae origen y en la nueva Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativas al acceso a la información medioambiental, así como en la doctrina del propio Tribunal y en la emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo (TJCE).

Entiende el TS que las actas, consideradas aisladamente, constituyen un auténtico soporte de información que, con arreglo al art. 137.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común, no son un documento inconcluso, sino que retrata de un documento concluido de conformidad con una regulación específica, y al que se dota de un especial valor probatorio para el supuesto de que se utilice como soporte de un procedimiento sancionador o de otra índole, sin que quepa otorgar ninguna significación específica a las actas referidas en base a la normativa de la que traen origen.

A entender del Tribunal el acta está dotada de sustantividad y esencia propia, así como de una finalidad concreta cual es la de constatación de hechos que podrán ser utilizados o no en otro tipo de procedimiento, siendo ésta el resultado de actuaciones de comprobación e investigación y pudiendo, incluso, contener una propuesta de actuación. Desde tal perspectiva las actas no son documentos inconclusos o inacabados, ni la constatación de hechos que contienen es simplemente indicativa o indiciaria al estar dotada de un especial valor probatorio. Máxime cuando la doctrina del TJCE que se trae a colación parte de una interpretación amplia del ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información ambiental, extendiéndose a "cualquier información" como refiere la Directiva. Lo que lleva al citado Tribual a interpretar de modo estricto las causas de denegación de acceso a la información ambiental.

7. AGUAS CONTINENTALES

A) Protección piscícola: uso de navegación sujeto a restricciones

En la **STS de 12 de febrero de 2004,** Ar. 1919, se considera acertada la decisión del TSJ de Asturias que entendió válido un Acuerdo de la CH del Norte de 1996 que otorgaba una autorización para navegar con fines turísticos por varios ríos, supeditada a determinadas limitaciones de días y horarios. La Escuela Asturiana de Piragüismo, SA recurre en casación porque no cree que dicho uso deba sujetarse a restricciones, ya que en su opinión en la Ley de Aguas no aparece un precepto concreto que otorgue preferencia a la pesca sobre el uso turístico. Sin embargo, el TS subraya que no se trata de dar preferencia a un uso sobre otro en este supuesto, sino que del informe autonómico recaído en el expediente, resultaba que la conservación y el fomento de las especies piscícolas desde el punto de vista de protección medioambiental requería limitar el libre uso de las aguas de los ríos para la navegación, sin que estemos tampoco ante una Resolución que provoque a la citada empresa un daño indemnizable como pretende.

B) Vertidos de aguas residuales: sanción por ausencia de autorización

Si se recuerda el contenido del art. 116.f) del TR de Lag. de 2001, incurren en infracción administrativa los vertidos que puedan deteriorar la calidad del agua efectuados sin contar con la autorización correspondiente. En el supuesto que se analiza en la **STS de 12 de mayo de 2004,** Ar. 3299, se trata de dilucidar si la sanción de multa que asciende a 300.506,06 euros más la obligación de indemnizar los daños al dominio público hidráulico que se impusieron por el Consejo de Ministros en 2002 al Ayuntamiento de Almendralejo a causa de la constatación de vertidos de aguas residuales no autorizados a un arroyo son conformes a derecho o no. Según el TS, el Ayuntamiento recurrente no ha conseguido probar que deba calcularse una multa de inferior cuantía, pues de la toma de muestras llevada a cabo en el año 2001 por la Administración resultó que no podía calificarse sino de infracción muy grave, dado el elevado nivel de contaminación.

8. MINAS: PERMISOS DE EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS EN CANARIAS

En este apartado, destaca la **STS de 24 de febrero de 2004**, Ar 1896, en la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por el PSOE de Lanzarote y el Cabildo de esta Isla contra el RD 1462/2001, de 21 de diciembre, que otorgó por un plazo de seis años, a la empresa REPSOL, los permisos de investigación de hidrocarburos frente a las costas de Fuerteventura y Lanzarote, según lo establecido en los arts. 3, 15 y 18 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (y concordantes del RD 2362/1976, de 30 de julio, que aprueba el Reglamento sobre Investigación y Explotación de Hidrocarburos), que exigen la aprobación de este tipo de autorizaciones mediante Real Decreto, al tratarse de subsuelo marino.

Tras rechazar algunos de los motivos de impugnación del RD (cumplimiento de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado, con la necesidad de emisión de informe por parte del Ministerio de Agricultura; cumplimiento de la legislación sobre costas; medioambientales, etc.), el TS considera (FFJJ 8 y siguientes de la Sentencia) que la solicitud inicial contiene una serie de deficiencias que no fueron subsanadas por la empresa solicitante del permiso de investigación.

En concreto, el TS estima que no se ha cumplido lo exigido en el art. 18 de la Ley 34/1998, que obliga a incluir las labores de protección medioambiental a las que queda condicionado el otorgamiento del permiso de investigación de hidrocarburos.

Por estos motivos, el TS anula la parte del RD que se refiere a las labores previstas en los años tercero a sexto del programa de investigación, que son los que conllevan una mayor incidencia medioambiental, pues comportan la realización de perforaciones.

Por último, el TS (FJ 13º) considera que no se vulnera la legislación sobre evaluación de impacto ambiental, aunque se precisa posteriormente, también en relación con los posibles efectos medioambientales del permiso de investigación otorgado, que durante el proceso de ejecución de éste es posible que existan consecuencias para las zonas ambientalmente protegidas de Fuerteventura y Lanzarote, por lo que en aquel momento será preciso evaluar estas repercusiones ambientales.

9. FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL

A) Cánones de saneamiento regionales: varias cuestiones

En **STSJ de Galicia de 14 de octubre de 2003** (JT 2004, 486) se afirma que la potestad tributaria de la Comunidad Autónoma, por este concepto, alcanza a todas las aguas vertidas en su territorio y no sólo a las cuencas interiores respecto de las que tiene la competencia para otorgar aprovechamientos o imponer sanciones.

El mismo TSJ, en **STSJ de Galicia de 28 de noviembre de 2003** (JT 2004, 504) examina el alcance de la exención para poblaciones de escasa entidad. El caso es que, con un apoderamiento en la ley sustantiva discutible, la Comunidad Autónoma reformó a través de una Ley de Presupuestos los parámetros de esta exención sustituyendo el original predicamento a los "núcleos de población" por el de "aglomeraciones urbanas", incluyendo de esta manera a nuevos núcleos de población en el ámbito de exigencia del tributo. El TSJ desestima el recurso. Aunque es crítico en pura teoría con el continente de la modificación, entiende que la reforma era exigencia comunitaria, y que la Ley de Presupuestos fue un mero vehículo instrumental.

También el mismo TSJ, en **STSJ de Galicia de 28 de noviembre de 2003** (JT 570) estudia diversas cuestiones materiales en orden al cálculo de la cuota tributaria, estimando algunos conceptos y desestimando otros.

Finalmente, en **STS de 24 de marzo de 2004** (RJA 2294) se desestima el recurso de casación planteado por un Ayuntamiento que pretendía reconducir su deber de sustitución tributaria como entidad suministradora de agua a un hipotético servicio de recaudación por el que exigiera una tasa.

B) El Canon de Infraestructuras Hidráulicas de Cataluña como tributo que grava el consumo de agua

La **STSJ de Cataluña de 29 de enero de 2004** (JT 670) se refiere al sustituido canon de infraestructuras hidráulicas. La entidad AENA impugnó liquidaciones alegando que su consumo no es contaminante al disponer de un proceso de depuración propio y ser vertidas directamente al mar las aguas consumidas. El TSJ lo desestima, señalando que estas argumentaciones podrían tener sentido respecto de tributos que gravan vertidos, como el canon de saneamiento, pero no respecto de un tributo como este que grava el consumo y tiene una finalidad muy determinada. Ténganse en cuenta, en todo caso, las importantes especialidades de la fiscalidad hídrica catalana.

C) El Impuesto gallego contra la contaminación atmosférica: diversas cuestiones resueltas desestimatoriamente

Las empresas del sector perseveran en sus recursos contra las liquidaciones por este controvertido tributo, siendo objeto de desestimación en todas las ocasiones. En su línea argumental se sigue planteando la inconstitucionalidad del tributo, por infracción de los principios constitucionales de justicia tributaria (generalidad, igualdad, capacidad económica,…) y además por infracción de las reglas propias de la imposición regional (uniformidad en todo el territorio autonómico, coordinación, territorialidad). Por otra parte, se le achacan problemas de legalidad ordinaria, en el marco del procedimiento de elaboración de los reglamentos de desarrollo. Cfr. **SSTSJ de Galicia de 27 de junio, 30 de septiembre** o **28 de noviembre de 2003** (JT 2004, 379, 381 y 569).

Otras demandas insisten en deficiencias en la aplicación del tributo. Así los recursos resueltos por las **SSTSJ de Galicia de 14 de octubre** y **11 de noviembre de 2003** (JT 2004,

382 y 384) desestimándolos. Se plantea la oportunidad de considerar la existencia de varios "focos emisores" y no de uno solo, como hacía la Administración autonómica. Esto incidía directamente en el importe de la liquidación.

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. Pagos o ayudas por superficie a determinados productos agrícolas. 3. Ayudas. A) Ayudas. Entidad bancaria que pretende el cobro de una ayuda que le había endosado la entidad subvencionada. Administración a la que debe dirigirse. B) Denegación de las ayudas solicitadas. El Tribunal confirma los acuerdos de denegación. C) Exigencia de reintegro. D) Ayudas estatales. Acciones de formación continua de los trabajadores. **4. Comercio interior y defensa de la competencia. 5. Energía: doble imposición, planes de protección civil, bases estatales sobrevenidas. 6. Ganadería. Determinación de cuotas de producción láctea. 7. Precios. Determinación de los precios del gas. Gas natural y gases licuados. 8. Sector eléctrico.** A) Abono de cargas financieras por empresa eléctrica. B) Proyecto de ejecución de línea de transporte de energía eléctrica y estudio de impacto ambiental. C) Determinación de la tarifa eléctrica. Principio de suficiencia tarifaria y dictamen del Consejo de Estado. D) Reglamento electrotécnico para baja tensión y Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales. E) Obtención de información. Circulares de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico. **9. Telecomunicaciones.** A) Requerimiento de informaciones por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. B) Abuso de posición de dominio. C) Asignación y reservas de bloques de numeración geográfica para la prestación de servicio telefónico fijo. **10. Transportes de viajeros. Modificación de concesión.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se incluye el examen de las Sentencias del Tribunal Constitucional comprendidas en los números 111/2004, de 12 de julio, a 179/2004, de 18 de octubre, así como las Sentencias del Tribunal Supremo comprendidas en los cuadernos de Aranzadi 6 a 14 de 2004.

2. AGRICULTURA. PAGOS O AYUDAS POR SUPERFICIE A DETERMINADOS PRODUCTOS AGRÍCOLAS

La **STS de 14 de mayo de 2004,** Ar. 3509,desestima el recurso contencioso-administrativo directo interpuesto por un conjunto de cooperativas, todas ellas con propiedades y cultivos sitos en las comarcas agrarias de la Comunidad Autónoma de Navarra, contra el Real Decreto 1893/1999, de 10 de diciembre, sobre pagos por superficie a determinados productos agrícolas. Este Real Decreto fue dictado por el Gobierno en ejecución del Reglamento CEE 1251/99, habiéndose remitido con anterioridad a los órganos comunitarios europeos un Plan de Regionalización de Cultivos.

En la sentencia, el Tribunal afirma que habrá de estarse a la doctrina asentada por él mismo en las precedentes SSTS de 9 y 16 de junio de 2003, que resolvieron recursos en los que también se impugnaba el Real Decreto 1893/1999 y el Plan de Regionalización de Cultivos anexo (FJ 4º).

Con el presente recurso se pretende la declaración de nulidad del art. 3.1 del Real Decreto y del Anexo 2 al que se remite, en los que se realiza la fijación de rendimientos de los cultivos en las comarcas afectadas. Esta estimación de rendimientos es verdaderamente decisiva, puesto que determina el importe del pago o ayuda a percibir. Este importe, en efecto, es la cantidad resultante de multiplicar el tanto por ciento de rendimiento por una cifra en ecus y, a su vez, multiplicar dicho producto por el número de hectáreas cultivadas.

La parte recurrente fundamenta su pretensión con los dos siguientes argumentos. En primer lugar, se mantiene que la aprobación del Real Decreto (especialmente su art. 3.1 y el Anexo 2) y del Plan de Regionalización de Cultivos que le acompaña supone una invasión por el Gobierno de la competencia exclusiva en materia de agricultura que atribuye a la Comunidad Foral de Navarra el art. 50.1.a) de su Estatuto de Autonomía.

La sentencia rechaza este argumento (FJ 4º). Parte el Tribunal de la consideración de que "estamos ante un supuesto en el cual el Estado debía enviar a la Unión Europea en un plazo perentorio las propuestas de delimitación de comarcas y fijación de rendimientos", entendiendo que "al actuar así el Estado estaba ejercitando sus funciones constitucionales sobre ordenación general de la economía, y al mismo tiempo estaba dando cumplimiento a lo establecido en un Reglamento comunitario". Y concluye que el Gobierno, al aprobar el Real Decreto impugnado, actuó "en ejercicio válido de sus competencias al delimitar comarcas y fijar rendimientos atendiendo a criterios de política económica agraria, tanto más cuanto que lo perentorio del plazo de envío a la Comisión Europea del Plan de Regionalización de Cultivos apremiaba en cuanto a la mencionada fijación".

El segundo de los argumentos esgrimido por los recurrentes es que la fijación de estimaciones por rendimientos (realizada en el Anexo 2), que no corresponde a la realidad, es arbitraria y discriminatoria. En ocasiones, la estimación es mayor para comarcas de menor rendimiento efectivo. Con fundamento en este dato fáctico se alega la existencia de

arbitrariedad y, por tanto, vulneración del art. 9.3 de la Constitución. Se expresa, además, que mientras a determinadas comarcas se aumenta el rendimiento, a otras se mantiene el que había sido fijado por la normativa anteriormente vigente (Real Decreto 2721/1998, derogado por el impugnado Real Decreto 1893/1999). Lo que, a juicio de la parte recurrente, supone una discriminación contraria al principio de igualdad y, consiguientemente, infracción del art. 14 de la Constitución.

La sentencia rechaza que el reglamento impugnado incurra en arbitrariedad (FJ 5º). Es cierto –según el Tribunal– que "los rendimientos de las comarcas agrarias se fijaron en ejecución de criterios de política económica agraria, que por otra parte se atenían a los de carácter general aludidos en el Reglamento CEE 1251/99, y que se basaron en las informaciones de que disponía el Ministerio [de Agricultura, Pesca y Alimentación]". Por tanto, no hubo "vulneración ninguna del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que consagra el art. 9.3 de la Constitución, pues el reglamento se dicta en ejecución de aquellos criterios de política económica que no pueden considerarse arbitrarios".

También rechaza la sentencia la acusación de discriminación (FJ 5º). Según se razona en ella: "las diferencias entre unas y otras comarcas agrarias de la Comunidad Autónoma de Navarra se establecieron con el propósito de favorecer a las comarcas con problemas estructurales o que se encontraban menos desarrolladas (…) Por ello en modo alguno puede considerarse discriminatorio que el criterio de política económica agraria favorezca a las comarcas menos desarrolladas, de modo que los cultivadores perciban pagos por superficie o ayudas de una cuantía mayor. No se ha vulnerado por ello el art. 14 de la Constitución que establece el principio de igualdad".

3. AYUDAS

A) Ayudas. Entidad bancaria que pretende el cobro de una ayuda que le había endosado la entidad subvencionada. Administración a la que debe dirigirse

Concedida una subvención por la Dirección General de Incentivos Económicos Regionales del Ministerio de Hacienda, la entidad beneficiaria la endosó a una entidad bancaria. Cuando dicha entidad reclamó el pago de la subvención al Instituto Gallego de Promoción Económica, IGAPE, el citado Instituto se declaró incompetente. Este acto fue objeto de recurso, desestimado en primera instancia, y recurrida la sentencia en casación, el recurso fue de nuevo desestimado por la **STS de 18 de mayo de 2004,** Ar. 2574.

El Tribunal Supremo recuerda en primer lugar que en la sentencia de primera instancia se rechazó el recurso en base a dos argumentos centrales. Por un lado, porque correspondía a la Administración que concedió la subvención verificar si se cumplieron con todos los requisitos previos para exigir el pago de la subvención, entre otros, la existencia de créditos suficientes. Por otro lado, porque correspondía a la Administración concedente verifi-

car la validez de la cesión del derecho de cobro. Por tanto, al haberse planteado el recurso ante una Administración que no otorgó la subvención, debió rechazarse el recurso.

Entrando ya en los motivos del recurso casacional, el Tribunal Supremo constata que éste tiene como único motivo una cuestión no planteada en primera instancia. El recurrente sostiene que anticipó el pago de la subvención en base a unas certificaciones de cumplimiento expedidas por el órgano competente de la Junta de Galicia. Por ello estima que si la Administración no le abona la subvención, deberá compensarle por daños y perjuicios en aplicación de los principios de la responsabilidad administrativa.

Sin entrar en el fondo, el Tribunal Supremo declara el motivo inadmisible ya que no fue planteado en primera instancia, si bien apunta que en cualquier caso el recurso hubiera sido desestimado.

B) Denegación de las ayudas solicitadas. El Tribunal confirma los acuerdos de denegación

Diversas sentencias del Tribunal Supremo han confirmado en recursos de casación las sentencias de primera instancia en las que se confirmó la validez de las resoluciones administrativas por las que se denegaron las ayudas solicitadas. Estas sentencias son las siguientes:

a) **STS de 29 de marzo de 2004,** Ar. 1849. Recurso interpuesto por la compañía Hidroeléctrica de los Regantes del Canal de Aragón y Cataluña contra las Resoluciones del Secretario de Estado de Energía y Recursos Minerales por las que se deniega las ayudas para construir 14 minicentrales usando regulación automática de nivel. La sentencia estima conforme a derecho la denegación al haberse adoptado por el procedimiento adecuado, con motivación suficiente, sin que existan irregularidades en la evaluación de los requisitos, y sin que exista arbitrariedad. La denegación se produjo por falta de recursos disponibles previa selección de los proyectos presentados.

b) **SSTS de 24 y 25 de febrero y 3 de marzo de 2004,** Ar. 1892, 1898 y 1945. Recurre el Ayuntamiento de Gijón contra denegación de ayudas dentro de los Programas Municipales de Subvenciones empresariales, Plan de Innovación Tecnológica y Plan de fomento de la contratación de colectivos específicos. Se rechazan los recursos y se afirma que el art. 81.6.b).5 de la ley general presupuestaria no exigía en estos casos un sistema de concurso, siendo este sistema residual. La denegación no vulneró el principio de igualdad.

c) **STS de 20 de mayo de 2004,** Ar. 3480. Recurre determinada entidad contra la denegación de la Secretaría de Estado de Industria de una ayuda para el Programa de Laboratorios Bell, dentro del Plan de Infraestructuras Tecnológicas. Se confirma la denegación por no cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma. Se señala que cuestión diversa es la existencia de un convenio previo con la Administración del que pudiera derivar la obligación de pago de otras cantidades previstas en dicho convenio.

C) Exigencia de reintegro

Tres sentencias del Tribunal Supremo confirman la validez de las resoluciones administrativas por las que se exige el reintegro de lo pagado por la Administración al constatarse incumplimientos por parte del subvencionado.

a) **STS de 24 de marzo de 2004,** Ar. 1950. Se recurre contra la orden que declara el incumplimiento de las condiciones para disfrute de incentivos regionales y se exige la devolución. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de primera instancia que a su vez confirmó el acto impugnado. La no contratación de los trabajadores a que se había comprometido la recurrente es un supuesto de incumplimiento grave. La posible existencia de una situación de profunda crisis industrial es algo que debió plantear la recurrente a la Administración, solicitando un expediente de modificación de la ayuda. Al no haberlo hecho, existió incumplimiento, que además fue total y no parcial. El reintegro exigido no es desproporcionado.

b) **STS de 25 de marzo de 2004,** Ar. 2599. Se recurre contra la orden que declara el incumplimiento de condiciones y exige el reintegro. El Tribunal Supremo en casación confirma la orden al estar acreditado el incumplimiento y no existir vicio de procedimiento de competencia.

c) **STS de 18 de mayo de 2004,** Ar. 3519. Idéntico contenido que la sentencia anterior. Se añade una larga exposición de interés sobre el carácter modal de la subvención.

D) Ayudas estatales. Acciones de formación continua de los trabajadores

Una vez más, el Tribunal Constitucional ha conocido de este asunto, ante el incumplimiento por parte del Estado de las anteriores sentencias constitucionales recaídas sobre el mismo tema, y que han sido objeto de comentario en los correspondientes números de esta misma Revista. La **STC 158/2004, de 21 de septiembre,** destaca, no tanto por el análisis del objeto de la controversia, sino por las precisiones que el propio TC realiza sobre la obligatoriedad de sus pronunciamientos.

La STC 158/2004 resuelve el conflicto positivo de competencias promovido por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Catalunya contra la Resolución de la Dirección General del INEM de 25 de julio de 2003, por la que se prorroga para el curso 2002-2003 la concesión de ayudas para la formación continua de trabajadores, de acuerdo con un modelo que centraliza la gestión de tales ayudas en entes u órganos que no son los de la Generalitat de Catalunya.

En cuanto al fondo del asunto, el TC reitera la doctrina de las SSTC 95/2002, de 25 de abril, 190/2002, de 27 de octubre y 230/2003, de 18 de diciembre, esto es, tales ayudas se inscriben en el ámbito de "la legislación laboral", porque concierne a un derecho de los trabajadores. En esta materia, corresponde al Estado la competencia sobre legislación,

lo que incluye también los reglamentos ejecutivos o de desarrollo de las leyes, mientras que la Generalitat de Catalunya tiene atribuida la función ejecutiva (arts. 149.1.7 CE y 11.2 EAC). De acuerdo con la STC 13/1992, las ayudas deben ser gestionadas por las CCAA, para lo que deben territorializarse como criterio general.

En el caso planteado, los preceptos impugnados vulneran el orden constitucional de competencias, en la medida que atribuyen funciones ejecutivas en órganos y entes centralizados, o desconocen las potestades de autoorganización de la Generalitat de Catalunya en lo relativo a la gestión de las ayudas (FJ 6º).

Más interesante es, como se avanzaba, el recordatorio que efectúa el TC de que sus sentencias "tienen el valor de cosa juzgada (art. 164.1 CE), de suerte que todos los poderes públicos, tal como prescribe el art. 87.1 LOTC, están obligados a dar cumplimiento a lo que el TC resuelva cualquiera que sea el procedimiento (…) Los mencionados preceptos determinan, por sí solos, una eficacia de las sentencias de este Tribunal que no se proyecta únicamente respecto de los hechos pretéritos que fueron el objeto del proceso, sino que se extiende de algún modo hacia el futuro". Así pues, se aplica lo que la reciente STC 230/2003 (FJ 6º) ya expuso, en atención a la unidad de doctrina, como apunta expresamente el TC. Además, frente al Abogado del Estado, que alega que la especial vinculación de las sentencias del TC se limita al contenido del fallo, precisa el Alto Tribunal que tal vinculación se extiende también a la correspondiente fundamentación jurídica, en especial la que contiene los criterios que conducen a la *ratio decidendi* (FJ 4º).

El TC vuelve a rechazar las alegaciones del Abogado del Estado en el sentido que el Estado ejercía las competencias de forma transitoria, hasta que la Generalitat las asumiera, lo que no había sido posible por falta de acuerdo. El TC destaca que la titularidad de las competencias, asignadas por la CE y los Estatutos, operan *ope legis* o *ipso iure*, sin que puedan diferirse en el tiempo. Insiste en la necesidad de que los fondos relativos a estas ayudas se territorialicen entre las CCAA, y trae a colación lo que dijo en la STC 208/1999, de 11 de noviembre (FJ 7º), "sobre la necesidad de que, para la plena realización del orden de competencias que se desprende de la Constitución y los Estatutos de Autonomía, se evite la persistencia de situaciones anómalas en las que sigan siendo ejercitadas por el Estado competencias que no le corresponden.

4. COMERCIO INTERIOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En la **STC 157/2004, de 21 de septiembre**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley Foral 17/2001, de 12 de julio, reguladora del comercio en Navarra. En particular, la sentencia examina las cuatro cuestiones siguientes:

A) En primer lugar se debaten los requisitos que la ley Foral 17/2001 exige a los grandes establecimientos comerciales para que puedan obtener la licencia necesaria en orden a iniciar su actividad (FFJJ 2º a 6º).

a) Por una parte, la Ley Foral prevé que el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia "deberá dilucidar si existe posición de dominio en el mercado, aplicando para ello en el ámbito de Navarra los porcentajes máximos establecidos en la normativa básica estatal" (art. 23.3). El Tribunal Constitucional, tras recordar las principales conclusiones de su STC 124/2003, de 19 de junio (FJ 4º), pone de manifiesto que las partes en el proceso sólo discuten el alcance que la Ley Foral otorga al Tribunal de Defensa de la Competencia, en el sentido que deberá aplicar los porcentajes máximos establecidos en la normativa estatal. Pues bien, el Tribunal Constitucional concluye que la Comunidad Foral de Navarra carece de competencia normativa en materia de "defensa de la competencia", por lo que no puede modular en su territorio lo que establece la legislación estatal correspondiente.

b) Por otra parte, la Ley Foral no recoge como criterio, para la obtención de la licencia, la existencia o no de un "equipamiento comercial adecuado" en la zona, –exigencia que se contiene en el art. 6.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista– entendiendo por tal el que garantice a la población existente una oferta de artículos en condiciones de calidad, variedad, servicios, precios y horarios conforme con la situación actual y las tendencias de desarrollo y modernización del comercio (art. 24.1). El TC ya señaló en su STC 124/2003, que el criterio expuesto se enmarca en la competencia básica del Estado *ex* art. 149.1.13 CE, en la medida que permite vincular la apertura de los grandes establecimientos comerciales a la incidencia que puedan tener en la actividad que se pretende ordenar. Ahora bien, en el caso concreto este criterio se recoge en otros preceptos de la Ley Foral, no impugnados, por lo que en realidad el legislador foral sí incluye el requisito en cuestión, y respeta las competencias estatales.

B) En segundo lugar, se analizan los artículos 40.2.c) y 46.1 de la Ley Foral, que regulan, respectivamente, determinados aspectos de las promociones de ventas y de la venta en rebajas (FFJJ 7º a 11º).

a) En cuanto a las promociones de venta, la Ley Foral prevé un marco temporal imperativo para el desarrollo de modalidades específicas de venta. El TC aplica su doctrina, expuesta entre otras en las Sentencias 228/1993, de 9 de julio (FJ 6º) y 124/2003 (FJ 5º), por la que las Comunidades Autónomas son competentes para aprobar disciplinas administrativas que regulen determinadas modalidades de venta, en concreto, la venta de saldos, pues así lo permite su competencia sobre protección de consumidores y usuarios. Sin embargo, cuando dicha reglamentación afecta al régimen de competencia entre los ofertantes, y aspira a prevenir o evitar el excesivo recurso a este tipo de ventas, las normas correspondientes se incluyen entre las de defensa de la competencia, que corresponde al Estado. Para el Tribunal Constitucional, la fijación de un plazo máximo persigue evitar el uso abusivo a esta modalidad de venta y, por ello, el precepto infringe la competencia estatal; por el contrario, la previsión de informar acerca del "período de

vigencia de la promoción" forma parte de la competencia autonómica de defensa de los consumidores.

b) En relación con la venta en rebajas, la Ley Foral incluye en ella, no sólo la venta a un precio inferior al fijado anteriormente, sino también la venta de artículos en unas condiciones especiales que supongan una minoración respecto al precio practicado habitualmente (esto es, venta en promoción, como regalo de accesorios, traslado de la mercancía, etc.). Para el TC, esta regulación autonómica supone una modificación de las figuras contractuales, aspecto reservado a la competencia del Estado (art. 149.1.6 y 8 CE), y vulnera esta competencia estatal.

C) En tercer lugar, el Abogado del Estado imputa al art. 72.1 de la Ley Foral la omisión de la reincidencia al regular los elementos determinantes de la graduación de las sanciones, lo que vulneraría la competencia básica estatal prevista en el art. 69 de la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista (FFJJ 14 a 16). El Tribunal Constitucional recuerda nuevamente la STC 124/2003, donde se reiteró el carácter instrumental de la potestad sancionadora, de modo que las CCAA pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando tengan competencia sobre la materia sustantiva, si bien deben respetar dos límites: las garantías constitucionales (art. 25.1 CE), y la prohibición de introducir divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen aplicable en otras CCAA (art. 149.1.1 CE).

El TC razona que la finalidad que persigue la Ley estatal 7/1996 consiste en sancionar con mayor intensidad a quienes hayan reincidido, pero no impone a las CCAA ninguna modalidad concreta para conseguir este fin. Las CCAA pueden optar por otras técnicas para lograr el mismo fin, y así lo hace la Ley Foral cuando prevé un tipo específico de infracción que contempla la reincidencia, por lo que no hay vulneración del régimen de competencias. Finalmente, debe destacarse que el TC fija otro límite para las CCAA en el sentido que el procedimiento sancionador habrá de ajustarse al "administrativo común", cuya configuración es de exclusiva competencia estatal (art. 149.1.18 CE).

D) En cuarto y último lugar, el Abogado del Estado reprocha al art. 50.2 y a la Disposición Final Segunda de la Ley de Navarra que contengan una declaración expresa sobre la aplicación supletoria de la Ley estatal 7/1996, de ordenación del comercio minorista (FFJJ 12º y 13º). De acuerdo con su doctrina previa (Sentencias 76/1983, 132/1989 y 118/1996), el TC señala que la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE tiene como finalidad la de evitar vacíos en el sistema normativo del Estado autonómico. Una vez que el legislador autonómico ha aprobado una normativa sobre la que tiene competencia, desplaza la normativa estatal preexistente, pero ello no supone ni que la Comunidad Autónoma sea competente para establecer la derogación o no de normas estatales, ni para determinar los efectos que sus normas producen sobre el Derecho estatal preexistente, pues la vigencia y aplicabilidad de éste será la que resulte del bloque de constitucionalidad. Por todo ello, los preceptos ahora impugnados son inconstitucionales, en tanto en cuanto no corresponde al legislador foral determinar la eficacia del derecho estatal aplicable.

En relación a este último aspecto de la sentencia, los Magistrados Eugeni Gay y Pablo Pérez Tremps formulan un voto particular, en donde expresan que la normativa foral de Navarra se limitó a concretar lo dispuesto en el art. 149.3. Añaden que esa llamada específica a una norma del Estado no responde a una indebida utilización de potestades ajenas, sino a una libre opción del legislador competente que prefiere especificar las normas concretas donde buscar las reglas que permiten colmar las posibles lagunas normativas. En cualquier caso, consideran que deben respetarse dos límites: que la Comunidad Autónoma actúe siempre dentro del ámbito material de su competencia, y que no genere inseguridad jurídica, límites que en este caso se cumplían, por lo que concluyen que no se produjo una vulneración de las competencias estatales en este punto.

5. ENERGÍA: DOBLE IMPOSICIÓN, PLANES DE PROTECCIÓN CIVIL, BASES ESTATALES SOBREVENIDAS

Con la **STC 168/2004, de 6 de octubre**, el Pleno del TC resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra los arts. 58 a 64 de la Ley 4/1997, de 20 de mayo, de protección civil de Cataluña, que establecen un gravamen sobre los elementos patrimoniales afectos a las actividades de las que pueda derivar la activación de planes de protección civil (Ponente: Pascual Sala Sánchez).

Para el Abogado del Estado, esta regulación autonómica vulnera el régimen de competencias desde dos vertientes. En primer lugar, en la medida que supone una nueva imposición sobre bienes y actividades que ya se encuentran gravados desde la perspectiva local, con el impuesto de bienes inmuebles, y con el impuesto de actividades económicas; por lo tanto se estaría vulnerando la prohibición de doble imposición que recoge el art. 6 LOFCA. En segundo lugar, por cuanto supone un desconocimiento de las competencias del Estado en materia de régimen energético.

En cuanto al primer aspecto, el TC recuerda su doctrina sobre el principio de autonomía financiera de las CCAA, que constituye un instrumento indispensable para que éstas puedan desarrollar sus políticas, y que supone reconocer a las CCAA una capacidad de gasto de modo que puedan elegir sus propios objetivos políticos, administrativos, sociales y económicos, sin condicionamientos indebidos. A ello se añade, en un contexto de corresponsabilidad fiscal, la capacidad de las propias CCAA para generar un sistema propio de recursos. En todo caso, prosigue el TC, este poder tributario se encuentra limitado de forma intrínseca y extrínseca, y en este sentido hay que tener en cuenta la vigencia de los principios de territorialidad de las normas y actos de las CCAA, y de unidad de mercado. Asimismo, los tributos autonómicos no podrán recaer sobre hechos imponibles gravados por el Estado, y sobre materias que la legislación de régimen local reserve a las Corporaciones Locales.

El Tribunal Constitucional también recuerda la diferencia que ha establecido entre "materia reservada o imponible" y "hecho imponible" (STC 289/2000, de 30 de noviembre), de manera que "en relación con una misma materia impositiva, el legislador puede selec-

cionar distintas circunstancias que den lugar a otros tantos hechos imponibles, determinantes a su vez de figuras tributarias diferentes".

En el caso concreto del gravamen creado por el art. 58 de la Ley de protección civil de Cataluña, el TC destaca que su objeto no coincide con ninguno de los dos impuestos municipales a que hace referencia el Abogado del Estado, puesto que el gravamen no somete a tributación la capacidad económica exteriorizada por la titularidad de determinados inmuebles o de derechos reales sobre ellos, como sucede en el impuesto sobre bienes inmuebles. El gravamen tampoco se refiere a la hipotética capacidad económica derivada del ejercicio de actividades empresariales, profesionales o artísticas, que es el caso del impuesto sobre actividades económicas.

El gravamen previsto en la Ley del Parlamento de Cataluña somete a tributación 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 (almacén y transporte de sustancias peligrosas, centrales nucleares, transporte y suministro de energía). El TC destaca que el objeto del gravamen no son los elementos patrimoniales, sino el riesgo potencial de las actividades e instalaciones mencionadas en la propia Ley. Se trata, además, de las instalaciones situadas en el territorio de Cataluña, lo que constituye un correcto punto de conexión de la competencia autonómica.

En cuanto a los sujetos obligados al pago del gravamen, no son los titulares de tales elementos patrimoniales, sino quienes realicen la actividad a la que están afectos dichos elementos patrimoniales, en el sentido que no se grava la riqueza derivada de tal actividad, sino la relación instrumental de las instalaciones y la actividad potencialmente generadora de grandes riesgos. El Tribunal Constitucional vuelve a destacar que se grava la actividad en cuanto represente un peligro al que haya de hacerse frente mediante los oportunos planes de protección civil. Respecto a la finalidad, el producto íntegro del gravamen se destina a una política pública sectorial, aquí la prevención de grandes riesgos. Así pues, no es un tributo de carácter contributivo, sino que prima su vertiente retributiva.

El examen del gravamen cuestionado permite marcar las diferencias respecto a los impuestos de bienes inmuebles y actividad económica. Es un caso distinto al examinado en la STC 289/2000, y en definitiva, el gravamen regulado en la Ley de protección civil no genera un supuesto de doble imposición.

Desestimada la primera alegación del Abogado del Estado, el TC entra a examinar la segunda, relativa a que los preceptos impugnados de la Ley autonómica vulneran la competencia básica estatal en materia energética (art. 149.1.25 CE). La STC destaca que el legislador autonómico no ha tratado 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 que dichas actividades y las instalaciones a ellas afectas, revisten para la tranquilidad colectiva, por lo que en este aspecto no se observa ninguna infracción de la normativa básica estatal.

Por otra parte, el TC destaca igualmente que, durante la pendencia del presente proceso constitucional, el legislador estatal ha procedido a modificar la normativa básica, de un modo que reviste especial trascendencia para el presente recurso. En efecto, la nueva normativa estatal en materia de energía, prevé expresamente la posibilidad de incluir un suplemento territorial en las facturas que deben satisfacer los consumidores de energía para el caso que las actividades eléctricas o gasistas fueran gravadas con tributos de carácter autonómico o local. Esta nueva regulación permite concluir que los preceptos impugnados de la Ley de protección civil de Cataluña no infringen las normas básicas estatales.

6. GANADERÍA. DETERMINACIÓN DE CUOTAS DE PRODUCCIÓN LÁCTEA

La **STS de 29 de marzo de 2004,** Ar. 2314, desestima el recurso de casación interpuesto por la Sociedad Agraria de Transformación "Granja el trébol" contra la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de octubre de 1998. Esta última sentencia estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de 9 de febrero de 1994, que resuelve el recurso de alzada presentado contra la Resolución de la Dirección General de Producciones y Mercados Ganaderos de 14 de diciembre de 1992, sobre asignación de cantidad de referencia individual de la cuota de leche para el período 1992-1993.

El recurso interpuesto se funda en tres motivos de casación, todos ellos desestimados por el Tribunal Supremo. Primero, la sentencia recurrida no resuelve todas las cuestiones planteadas en el suplico de la demanda y, con ello, incurre en incongruencia. Segundo, se ha producido la infracción de normas relativas a los actos y garantías procesales productora de indefensión, con vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva. Y tercero, se han infringido las normas del ordenamiento jurídico que son aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate.

En el marco de este tercer motivo de casación, el debate se centra en la determinación de la cuota de leche que debe corresponder a la parte recurrente, que es una empresa familiar agraria históricamente dedicada única y exclusivamente a la producción de leche en Girona, de la que viven cuatro familias asociadas, y que realizó importantes inversiones en el período comprendido entre 1980 y 1993. Esta empresa sufrió una drástica disminución de la producción en el período 1990-1991 debida a causa de fuerza mayor; en concreto, a la confirmación de las sospechas de dos procesos infecto-contagiosos en la granja. Lo que se pretende –y se discute en la sentencia– es la fijación de la cuota láctea necesaria para poder amortizar las inversiones realizadas y, en segundo lugar, garantizar la viabilidad económica de la explotación.

7. PRECIOS. DETERMINACIÓN DE LOS PRECIOS DEL GAS. GAS NATURAL Y GASES LICUADOS

Damos cuenta a continuación de tres sentencias que tienen como objeto la intervención administrativa sobre los precios del gas. En una de ellas se resolvió el conflicto derivado de la impugnación de la Orden Ministerial de 31 de julio de 1997 por la que se estableció el sistema de determinación automática de los precios máximos de venta, antes de impuestos, de los gases licuados del petróleo. En las otros dos los recursos tuvieron como objeto la fijación concreta de las tarifas y precios de venta del gas natural y de los gases licuados, respectivamente.

En la primera de las sentencias, la **STS de 20 de abril de 2004,** Ar. 2867, el Tribunal Supremo conoce del recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contra la Orden de 31 de julio de 1997 por la que se estableció el sistema de determinación de precios máximos de venta, antes de impuestos, de gases licuados del petróleo. La sentencia de la Audiencia Nacional desestimó el recurso al entender que la Orden Ministerial impugnada era un reglamento con amparo legal cuyo contenido no debía atender a razones de mercado sino a fines de interés general. Rechazó también el argumento de la recurrente según el cual la Orden vulneraba el principio de respeto del equilibrio económico financiero, al afirmar que este principio rige en las relaciones entre concesionarios y administración, pero no es aplicable en un sistema liberalizado.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida, y para ello parte de un minucioso examen de la evolución del régimen de fijación de los precios de los gases licuados del petróleo. Dentro de esta evolución destaca que pese a la liberalización que se llevó a cabo por la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, se mantuvo un régimen de intervención sobre los precios en el art. 9 de la citada norma legal. En base a esta previsión legal se han ido aprobando diversas Órdenes Ministeriales de actualización y límites a la revisión de los precios.

A partir de este examen se entra a analizar la legalidad de la Orden impugnada, y se van rechazando los diversos motivos de la entidad recurrente que pretendía la declaración de nulidad de dicha Orden.

Para el Tribunal Supremo existe habilitación legal suficiente para aprobar la norma, y dentro del procedimiento consta la existencia del informe preceptivo. Esta habilitación dio a la Administración un amplio margen de discrecionalidad técnica, pudiendo por tanto variar los criterios a tener en cuenta para fijar los precios, sin que la Administración se debiera sentir vinculada a la fijación anterior. Examinados los criterios que introduce la nueva regla general, el Tribunal estima que son razonables y no arbitrarios.

En segundo lugar se afirma que el principio de unidad de precio en todo el territorio nacional era aplicable bajo el régimen de servicio público sujeto a concesión, pero no en

un régimen liberalizado. Por la misma razón rechaza que se deba aplicar el principio del equilibrio económico-financiero.

En tercer lugar afirma que el principio de libertad de empresa puede ser delimitado. Así, de forma un tanto general y discutible, se dice que "Por las anteriores razones, los restantes motivos de impugnación deben también rechazarse. En efecto, atribuida por la Ley a la Administración la potestad de establecer un sistema de determinación automática de precios máximos de los GLP, no puede hablarse, en primer término, de una lesión al derecho de libertad de empresa, pues este derecho puede ser delimitado de acuerdo con las exigencias de la economía en general, como el propio art. 38 de la Constitución (RCL 1978, 2836) se preocupa de señalar; y estas exigencias imponían asegurar que la mejora en la gestión económica de las empresas se trasladase al usuario final con el fin de conseguir unos precios los más bajos posibles, como se expresaba en el preámbulo de la Orden de 6 de septiembre de 1996, al que se remite el informe previo a la Orden ahora impugnada.

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".

Por último se rechaza que la norma vulnere el derecho comunitario, al tratarse de una disposición que se aplica tanto a productores nacionales como comunitarios.

La **STS de 26 de abril de 2004,** Ar. 2825, tiene como objeto la impugnación de la Orden Ministerial por la que se actualizaron los valores de los costes de comercialización del sistema de precios máximos de ventas, antes de impuestos, de los gases licuados del petróleo. Es decir, se trataba de un acto de fijación de un elemento para la determinación de los precios máximos de venta.

El recurso se fundamentaba en la vulneración del principio de igualdad, al no tener en cuenta la Orden impugnada la singularidad Canaria, que a juicio de la recurrente impone un coste superior de flete.

La Audiencia Nacional rechazó el recurso en base a la cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1990, Ar. 4108, y la referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, según la cual el art. 14 de la Constitución no garantiza el derecho a exigir diferencias de trato.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida. Para ello parte del examen de la evolución del sistema de fijación de precios de los gases licuados (examen que toma de la Sentencia de 20 de abril de 2004 que antes hemos comentado), y concluye que "En definitiva, de todas estas circunstancias se deriva que la Administración sí ha tomado en consideración en las sucesivas órdenes ministeriales sobre la cuestión las condiciones particulares de los costes de comercialización en Canarias, sin que la actora haya acreditado en la instancia que dicha regulación sea arbitraria o irrazonable. No puede, por tanto, aceptarse que la Orden de 6 de septiembre de 1996 y la Sentencia aquí impugnada hayan conculcado a este respecto el principio de igualdad".

Por último, la **STS de 26 de abril de 2004,** Ar. 2824, tiene como objeto la impugnación de la Orden del MINER de 26 de enero de 1996 por la que se aprobó la actualización de las tarifas y precios de transferencia de los suministros de gas natural para usos industriales y de la Resolución de 29 de enero de 1996 por la que se fijaron los precios máximos de venta del gas natural para usos industriales.

La recurrente impugnó la Orden Ministerial por el hecho de fijar los precios de forma única para toda España, sin tener en cuenta la peculiaridad de la recurrente que, pese a distribuir y transportar Gas en el País Vasco mediante sus propios gaseoductos, paga a ENAGAS el precio del transporte.

El Tribunal Supremo confirma la legalidad de la Orden impugnada y de la Resolución que fijó el precio al entender que se dictaron al amparo de lo previsto en el art. 15 de la Ley 10/1987, sin que exista por ello vicio de ilegalidad alguno. Cuestión diversa, apunta la sentencia, es que pueda cuestionarse la oportunidad de la decisión, y que pueda discutirse cuál debiera ser el mejor sistema de fijación de las tarifas.

8. SECTOR ELÉCTRICO

A) Abono de cargas financieras por empresa eléctrica

En síntesis, los hechos son los siguientes. Por resolución de 27 de julio de 1995, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Cádiz acordó requerir a "Suministradora Eléctrica de Cádiz, SA" –sociedad de economía mixta para la gestión y explotación de la distribución

de energía eléctrica de la ciudad de Cádiz y su término municipal– el abono al Ayuntamiento de las cargas financieras soportadas por él indebidamente. Como fundamento para dicho requerimiento, se hace constar que el Pliego de Condiciones, mediante el cual se adjudicó la concesión administrativa del servicio de suministro de electricidad a dicha empresa mixta, establece en su cláusula tercera que, en el momento de constitución de la sociedad, esa empresa desembolsaría siete mil millones de pesetas al Ayuntamiento de Cádiz para la cancelación de pasivos a largo plazo que éste tenía. El desembolso efectivo de esa cantidad, sin embargo, no se produjo en la fecha prevista (momento de constitución de la sociedad), sino algo más de un mes después. Este retraso originó al Ayuntamiento unos costes financieros, en principio no previstos, que ascienden a la cantidad que ahora se reclama.

Contra esta resolución, "Suministradora Eléctrica de Cádiz, SA" interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que, en Sentencia de 27 de octubre de 1997, lo estima y anula la resolución municipal por su disconformidad con el ordenamiento jurídico. Contra esta sentencia, el Ayuntamiento de Cádiz interpone ahora recurso de casación ante el Tribunal Supremo. La **STS de 19 de enero de 2004,** Ar. 2005, lo desestima, confirmando la sentencia impugnada.

La parte recurrente alega dos motivos de casación. El primero, de carácter formal, es la denuncia de que la sentencia impugnada incurre en falta de motivación y de congruencia. Motivo que es rechazado por el Tribunal Supremo, afirmando que "la sentencia de instancia plantea adecuadamente la cuestión" y "se encuentra (…) debidamente motivada". Aclara, finalmente, que "la circunstancia de que la sentencia exprese que pudiera existir una primera apariencia de razón a favor de la tesis del Ayuntamiento demandado en nada afecta a la falta de motivación o congruencia de la misma, ya que a continuación desarrolla los fundamentos por los cuales llega a la conclusión de que tal apariencia no resulta confirmada, quedando destruida –dice expresamente– aquella apariencia de razón a que había aludido" (FJ 2º).

El segundo motivo, ligado con la cuestión de fondo debatida, se funda principalmente en algunos artículos del Código Civil. En concreto, "el razonamiento en que se centra el motivo se apoya, en primer lugar, en los arts. 1901 del Código Civil, sobre la fuerza obligatoria de los contratos, que deberán cumplirse al tenor de los mismos, y 1157 de dicho texto legal, según el cual no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiere entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía". De este modo –razona el Ayuntamiento– "si Suministradora Eléctrica de Cádiz, SA asumió deudas del Ayuntamiento (…) su obligación no era el pago exclusivo de esa cantidad, sino de las cargas financieras correspondientes, no quedando satisfecha la obligación hasta el abono de dichas cargas". De manera que –concluye el recurrente– la empresa eléctrica "vendría obligada al pago de los intereses en concepto de indemnización de daños y perjuicios, conforme al art. 1108 del Código Civil" (FJ 3º).

El Tribunal Supremo rechaza también este segundo motivo: "porque ni de la cláusula tercera del Pliego de Condiciones del concurso ni de la escritura de la constitución de

la sociedad de 10 de mayo de 1995 resulta que dicha sociedad asumiese la obligación que se le exige precisamente como consecuencia de la mencionada cláusula tercera del Pliego". Concluyendo que de ella "no se deduce que se imponga a la empresa mixta de futura constitución la obligación de pagar las cargas financieras derivadas de la falta de pago en una fecha concreta (la de constitución de la sociedad) de los siete mil millones de pesetas que el Ayuntamiento aporta como pasivo" (FJ 3º).

B) Proyecto de ejecución de línea de transporte de energía eléctrica y estudio de impacto ambiental

La **STS de 11 de febrero de 2004,** Ar.1870, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Horche contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de septiembre de 2002 por el que se aprueba a "Red Eléctrica de España, SA", el proyecto de ejecución de la línea de transporte de energía eléctrica a 400 kw, doble circuito, denominado "Entrada y salida en la subestación de Fuentes de la Alcarria de la línea Trillo-Loeches", en la provincia de Guadalajara.

El Ayuntamiento recurrente alega dos motivos de oposición. Uno de ellos de carácter formal: el acuerdo del Consejo de Ministros "no decide sobre todas las cuestiones planteadas por los interesados". Motivo que es rechazado por el Tribunal Supremo, tanto si la censura se refiere a la falta de congruencia como a la falta de motivación del acuerdo.

Si lo que se pretende es denunciar la falta de congruencia, la sentencia entiende que "el Consejo de Ministros la respeta cuando pone fin al procedimiento autorizando la instalación en respuesta a la solicitud presentada por la empresa autora del proyecto. Los terceros afectados pueden, sin duda, comparecer en aquel procedimiento administrativo y hacer sus propias alegaciones a favor o en contra, pero la congruencia exigible es la que se da entre la solicitud y la respuesta a ella" (FJ 4º).

Si lo denunciado, en cambio, es la falta de motivación del acuerdo, por no expresar pormenorizadamente las razones del Consejo de Ministros para desestimar las objeciones del Ayuntamiento, el Tribunal Supremo igualmente lo rechaza, ya que "en este tipo de procedimientos de autorización de obras que afectan a grandes extensiones de terreno y se caracterizan por la presencia de múltiples interesados (propietarios de los terrenos y corporaciones locales por cuyo territorio discurren las obras proyectadas, entre otros) no es exigible que el órgano finalmente 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" (FJ 4º).

El otro motivo de oposición a la validez del acuerdo del Consejo de Ministros es la no realización previa del necesario estudio ambiental. Objeción que también se rechaza en la sentencia: "Tal como consta en el expediente administrativo y refleja el preámbulo del acuerdo impugnado, el proyecto de la instalación, que incluía su propio estudio de impacto ambiental, fue sometido al procedimiento de evaluación de impacto ambiental

según las normas establecidas en el Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre. Al término de dicho procedimiento, la Secretaría General de Medio Ambiente formuló la correspondiente declaración de impacto ambiental (…) favorable a la viabilidad ambiental del proyecto". Añadiendo finalmente que "la circunstancia que la electricidad suministrada a esta subestación fuera empleada tanto para el tráfico ferroviario [tren de alta velocidad] como para la mejora general de la red de transporte de energía eléctrica en nada altera el hecho de que el proyecto fue objeto de la preceptiva declaración de impacto ambiental" (FJ 3º).

C) Determinación de la tarifa eléctrica. Principio de suficiencia tarifaria y dictamen del Consejo de Estado

La **STS de 15 de febrero de 2004,** Ar.1876, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) contra el Real Decreto 1436/2002, de 27 de diciembre, por el cual se establece la tarifa eléctrica para el año 2003.

La impugnación se realiza desde un doble punto de vista, material y formal. Desde la primera perspectiva, la parte recurrente pide la declaración de nulidad del art. 1 del Real Decreto impugnado por vulneración de lo dispuesto en los arts. 15, 16 y 17 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, en cuanto en ellos se establece el principio de suficiencia tarifaria, de forma que la tarifa quede fijada respetando criterios objetivos, transparente y no discriminatorios. Motivo de impugnación que es rechazado por el Tribunal Supremo (FFJJ 3º a 6º).

La objeción de carácter material que se formula al reglamento impugnado es la falta de dictamen del Consejo de Estado, toda vez que el art. 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, establece que este órgano deberá ser consultado "en los siguientes asuntos: Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones".

El Tribunal Supremo, citando otras sentencias que componen una ya larga doctrina, sigue manteniendo que estos Reales Decretos de aprobación de tarifas eléctricas anuales "lejos de tener por objeto la innovación del ordenamiento jurídico mediante el establecimiento de nuevas normas que complementen y desarrollen las ya existentes, lo que lleva a cabo es, más bien, la aplicación de previsiones y cálculos de naturaleza esencialmente económica a un marco jurídico ya establecido, el de las tarifas eléctricas, a fin, no de modificarlo, sino de traducirlo para esa anualidad en determinaciones concretas acomodadas a aquellas previsiones y cálculos", lo que le permite concluir que este tipo de reglamentos "no constituye una disposición de carácter general que se dicte en ejecución de las leyes, para complementarlas o desarrollarlas, lo que siendo la finalidad última del trámite ante el Consejo de Estado procurar la adecuación de la norma de desarrollo a la norma desarrollada y, con ello, el imperio de la ley, no exige el dictamen, ya que no hay norma de desarrollo que deba adecuarse a la desarrollada" (FJ 2º).

A pesar de ello, y siendo consciente el Tribunal que estos Reales Decretos suelen incluir contenidos no reconducibles a meras operaciones matemáticas, la sentencia no deja de insistir "de nuevo en que esas cuestiones concretas (…), y depurando la defectuosa técnica empleada, debían hacer de todo punto aconsejable un tratamiento diferenciado entre esas cuestiones que son simples cálculos matemáticos y que pretenden dar operatividad al sistema de aquellas otras que pueden superar el marco de la tarifa anual; y ello por más de que por su reiteración en los Reales Decretos que aprueban las tarifas eléctricas puedan hacer pensar en que sólo tienen carácter provisional y transitorio, porque en el fondo acabarán incidiendo, precisamente por su traslado mimético a los siguientes, en la política energética del Gobierno, con una clara incidencia en el principio de función" (FJ 2º).

D) Reglamento electrotécnico para baja tensión y Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales

La **STS de 17 de febrero de 2004,** Ar. 1737, estima sólo parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales contra el Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento electrotécnico para baja tensión.

El Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales impugna el Reglamento electrotécnico para baja tensión haciéndole una doble recriminación. Por un lado, sostiene que el Gobierno carece de habilitación legal para dictar este reglamento y que ha invadido la reserva de ley, al regularse en él cuestiones tales como las competencias profesionales de los ingenieros industriales. Y, en segundo lugar, afirma que el Reglamento impugnado entra en directa contradicción con la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, en tres aspectos concretos de otras tantas Instrucciones Técnicas Complementarias (en concreto: BT-03, BT-04 y BT-05), incluidas en el anexo al Reglamento.

La sentencia rechaza todas las alegaciones de la parte recurrente, excepto una: "De lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho se deriva la estimación parcial del recurso interpuesto (…) y anular el punto 4.2.c).2 de la ITC BT-03 anexa al Reglamento electrotécnico de baja tensión, en la medida en que del mismo se deriva la exigencia de un examen práctico a los ingenieros industriales, que están comprendidos en la categoría de titulados superiores con formación suficiente en el campo electrotécnico a que se refiere el punto 4.2.b).5 de la citada ITC BT-03" (FJ 6º).

E) Obtención de información. Circulares de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico

En **SSTS de 6 de mayo de 2004,** Ar. 3471, y **de 11 de mayo de 2004,** Ar. 2843, el Tribunal Supremo desestima los recursos de casación interpuestos por la Federación Empresarial de la Industria Eléctrica contra las correspondientes sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, desestimatorias ambas de los respectivos recursos contencioso-administrativos planteados contra las Circulares de la Comisión Na-

cional del Sistema Eléctrico 3/1998, de 30 de julio, sobre obtención de información para el ejercicio de la función de liquidación de las actividades y costes regulados del sistema eléctrico, y 4/1998, de 10 de noviembre, sobre obtención de información contable y económico-financiera.

En la STS de 11 de mayo de 2004, Ar. 2843, relativa a la Circular 3/1998, de 30 de julio, se rechazan todas las pretensiones de la parte recurrente, a saber: la infracción del principio de reserva de ley recogido en el art. 8.1.7 de la Ley del Sector Eléctrico y, de forma general, en el art. 23.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno; infracción de la propia Ley de Hidrocarburos, ya que en la misma no se establece su carácter retroactivo; y, finalmente, infracción de la Disposición Final Primera del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre –que organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento–, pues para el caso de que se entendiera que algún órgano administrativo podía regular la materia de la confidencialidad, sería el Ministerio de Industria y Energía, como titular de la potestad de dictar normas de desarrollo de dicho Real Decreto.

Por su parte, la STS de 6 de mayo de 2004, Ar. 3471, en relación con la Circular 4/1998, de 10 de noviembre, igualmente rechaza todas las pretensiones del recurrente: la infracción de los apartados 1.7 y 2 del art. 8 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, e infracción del art. 23.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Interesa destacar el –mismo– análisis que ambas sentencias realizan acerca de la naturaleza jurídica de las Circulares de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico: "en ningún caso puede decirse que la sentencia impugnada [de la Audiencia Nacional] afirme que la Circular en cuestión sea una verdadera disposición general. Lo que sí afirma de manera clara y con toda razón es que la misma no puede equipararse a las circulares o instrucciones internas en sentido propio 'que no innovan propiamente el ordenamiento jurídico y que como manifestación de la jerarquía normativa (art. 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) se hallan dirigidas a órganos que se encuentran en relación jerárquica respecto de quien las imparte (…)' (fundamento de derecho segundo) y que 'tal configuración se corresponde con las circulares *ad intra* de la Administración, que, efectivamente, no innovan el ordenamiento ni, en consecuencia, gozan de carácter reglamentario, y cuyos efectos generales quedan tamizados o limitados de la forma expuesta. No es ésa la naturaleza de la norma ahora impugnada, publicada en el Boletín Oficial del Estado y con cobertura en una disposición de rango legal' (fundamento de derecho tercero)". Y añade el Tribunal Supremo: "Ahora bien, afirmar que la Circular impugnada no es una circular administrativa *ad intra*, no supone atribuir a aquélla todos los rasgos que se niegan a tales circulares internas. La diferencia que claramente quiere marcar la Sala de instancia es la de que las Circulares como ésta tienen efectos *ad extra* y vinculan directamente a determinados sujetos de derecho (constituyen propiamente un requerimiento de información dirigido a los sujetos que se especifican en el art. 9 de la propia Ley del Sector Eléctrico), para lo cual cuentan precisamente con una expresa habilitación legal en el art. 8.2 de la

mencionada Ley (…). No es propio de esta sede aventurar la naturaleza dogmática de dichas disposiciones, pero lo que es claro es que tiene razón la Sala de instancia cuando señala que no se trata de circulares internas de la Administración, puesto que vinculan a los sujetos externos a los que se dirigen y ello en virtud de una expresa habilitación legal".

9. TELECOMUNICACIONES

A) Requerimiento de informaciones por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

El conflicto tiene su origen en dos resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en las que se requiere a SOGECABLE (Canal Plus) la remisión de determinadas informaciones. La primera resolución, de fecha 29 de enero de 1999, le requiere información sobre ciertos datos generales de la empresa. Y la segunda, de 17 de diciembre de 1999, requiere a esa misma empresa y a CABLEUROPA informaciones en relación con un acuerdo sobre distribución de servicios audiovisuales entre ellas. SOGECABLE interpone recurso contra esas resoluciones ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, solicitando la revocación de los requerimientos de información. La Audiencia Nacional, sin embargo, en su Sentencia de 16 de mayo de 2001, desestima el recurso por considerar dichos requerimientos ajustados a Derecho. Contra esta sentencia, la misma parte recurrente interpone ahora recurso de casación ante el Tribunal Supremo. La **STS de 28 de abril de 2004,** Ar. 2509, estima el recurso, dando la razón a la empresa recurrente.

La sentencia, en su FJ 1º, fija claramente el objeto de la discusión: "Se trata de determinar en la presente casación si el Presidente del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene competencia para requerir a Sogecable, SA (Canal Plus) la remisión de determinada información (…), referida a datos estructurales, de programación, audiencia, económicos y técnicos, con el fin de obtener una visión del mercado lo más exacta posible, tanto desde un punto de vista estático como dinámico, o si, por el contrario, tal requerimiento sólo corresponde efectuarlo al propio Consejo".

Tras analizar la normativa aplicable al caso (la Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones, que crea la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el Reglamento de la Comisión, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre y la Orden de 9 de abril de 1997, que aprueba su Reglamento de Régimen Interior), el Tribunal concluye que la competencia corresponde al Consejo y no a su Presidente: "De la anterior normativa se deduce, en primer término, que el Presidente tiene atribuida las funciones que expresamente se detallan en dichos preceptos, y residualmente las no reservadas a otros órganos, las que éstos le deleguen o las demás que le atribuya el ordenamiento jurídico. Pues bien, no estando entre las funciones del Presidente la de requerir información a los operadores, estando esta competencia atribuida por el art. 30 (del Real Decreto 1994/1996) al Consejo, y no habiendo sido delegada por éste en el Presidente, resulta claro decidir que es el Consejo el órgano encargado de efectuar el

requerimiento y, por tanto, el Presidente ha actuado con extralimitación de sus competencias" (FJ 2º).

B) Abuso de posición de dominio

La **STS de 16 de junio de 2004,** Ar. 3611, desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad "Urbanismo, Ingeniería y Servicios del Sureste, SL" (Iustel, SL) contra la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 2000. Esta sentencia había desestimado el recurso interpuesto por esa misma entidad contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de junio de 1998 que igualmente había desestimado el recurso interpuesto contra el acuerdo de la Dirección General de Política Económica de 28 de enero de 1998, que sobreseyó la denuncia formulada –siempre por la misma entidad– contra la empresa "Telefónica de España, SA" por abuso de posición de dominio en el mercado, por negativa de venta de terminales de telefonía de uso público.

La entidad recurrente alega la vulneración del art. 6.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que prohíbe "la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional", siendo una de sus formas, según el art. 6.2.c) de la misma Ley, "la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios". En el caso enjuiciado, la parte recurrente sostiene que Telefónica de España abusó de su posición de dominio en el mercado al negarse injustificadamente a venderle terminales de telefonía de uso público.

El Tribunal Supremo rechaza el argumento del recurrente, afirmando que "se contienen en él afirmaciones contrarias a los hechos declarados probados por la sentencia" del Tribunal de instancia (FJ 2º). En el FJ 1º de la sentencia del Tribunal Supremo se reproducen los hechos considerados probados en la instancia: "no resulta acreditado que la codemandada (Telefónica de España) se negara injustificadamente a vender terminales telefónicos de uso público con especial protección a la actora, sino que los comercializó en régimen de opción de compra (…) siguiendo la política comercial empleada con todos sus clientes. No constando discriminación en el sistema de suministro seguido por la codemandada respecto de la actora en relación con el resto de los clientes, manteniendo una igualdad de trato comercial no desvirtuada en este recurso". Y concluye señalando que: "Tampoco concurre el supuesto de abuso en la posición de dominio en el mercado relevante porque la opción jurídica entre realizar suministros de equipos telefónicos en régimen de compraventa o de alquiler con opción de compra, no supone una extralimitación contractual que repercuta en la libre competencia dentro del mercado relevante. La codemandada podía elegir cuál iba a ser su política comercial en el marco del citado mercado, y la decisión resultante fue que hasta el mes de marzo de 1996 comercializó sus terminales en el citado régimen de opción de compra, lo cual no representa una práctica restrictiva de la competencia por no impedir el acceso de tales terminales a la actora".

B) Asignación y reservas de bloques de numeración geográfica para la prestación de servicio telefónico fijo

– **SSTS de 26 de abril de 2004** (RJ 2004\2821); **de 26 de abril de 2004** (RJ 2004\2823); **de 5 de mayo de 2004** (RJ 2004\2877); **de 11 de mayo de 2004** (RJ 2004\2841); **de 11 de mayo de 2004** (RJ 2004\2570); **de 17 de mayo de 2004** (RJ 2004\2573); **de 26 de mayo de 2004** (RJ 2004\3544); **de 26 de mayo de 2004** (RJ 2004\3540); **de 27 de mayo de 2004** (RJ 2004\3549); **de 2 de junio de 2004** (RJ 2004\3592), **y de 9 de junio de 2004** (RJ 2004\3602)–.

Este conjunto de sentencias del Tribunal Supremo desestiman recursos de casación interpuestos por diferentes empresas de telefonía contra sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, que estiman los recursos contencioso-administrativos interpuestos por "Telefónica de España, SA" contra resoluciones del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de manera que se deja sin efecto la asignación y reservas de bloques de numeración geográfica concedidas a aquellas empresas de telefonía para la prestación del servicio telefónico fijo.

La discusión se centra en la interpretación que debe darse al art. 1.2 del Reglamento de Procedimiento de asignación y reserva de recursos públicos de numeración, aprobado por Real Decreto 225/1998, de 16 de febrero. En su primer parágrafo establece que "sólo podrán asignarse recursos públicos de numeración a los operadores que posean un título que les habilite para la prestación del servicio telefónico básico o que les otorgue el derecho a la interconexión con las redes que soporten el servicio el servicio telefónico básico". Y en su segundo apartado que "los operadores que no posean aún uno de estos títulos habilitantes, pero lo hayan solicitado y reúnan los requisitos necesarios para su obtención, podrán obtener una reserva de recursos públicos de numeración".

La Audiencia Nacional, en sus sentencias recurridas, realiza una interpretación literal del artículo reglamentario trascrito: "quien con toda claridad y sin que su texto antes citado dé lugar a duda alguna sobre su interpretación, sólo permite la obtención de reserva de recursos públicos de numeración a los operadores que no posean título habilitante para la prestación de servicio telefónico básico". Y concluye: "Frente a un tenor literal tan claro como el expuesto no cabe sostener (…) que, pese a lo dicho por ese precepto, haya que interpretarlo de modo diferente, apelando para ello a una realidad social que obviamente ya tuvo que ser tenida en cuenta cuando se dictó el referido Reglamento, a saber el 16 de febrero de 1998. Si como sostienen ambos (el Abogado del Estado y las empresas de telefonía), el otorgamiento de reservas a quienes ya tienen título habilitante favorece la actividad y es oportuna, es obvio que la única posibilidad de que ello pueda llevarse a la práctica es mediante la reforma del marco normativo, muy reciente en el tiempo, como se ha visto y del que no puede hacerse interpretación diferente con base a una realidad social, que en tan breve período no puede haberse modificado".

Las empresas de telefonía, que ven anuladas por estas sentencias de la Audiencia Nacional, las asignaciones y reservas de bloques de numeración geográfica concedidas por la

Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fundamentan sus respectivos recursos de casación ante el Tribunal Supremo con la siguiente argumentación: las sentencias impugnadas infringen el art. 1.2 del Reglamento de Procedimiento de asignación y reserva de recursos públicos de numeración, en relación con sus arts. 18.1 y 19, por interpretación errónea que vulnera el art. 3.1 del Código Civil. Según los recurrentes, en efecto, "la Sala de instancia no aplica adecuadamente el criterio hermenéutico literal seleccionado, porque conduce a una interpretación claramente restrictiva del precepto analizado, ni lo atempera con el criterio sistemático, que obliga a realizar una interpretación integradora de los arts. 1, 18 y 19 del referido Reglamento, y desprecia el criterio teleológico, vinculado al principio de optimización de los recursos públicos de numeración, asumiendo una interpretación más flexible de la norma, de conformidad con el art. 30.2 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones".

El Tribunal Supremo, en todas estas sentencias, rechaza "la prosperabilidad del (…) motivo de casación (…) porque se advierte que la sentencia de la Sala de instancia realiza una interpretación razonable del art. 1.2 del Reglamento de Procedimiento de asignación y reserva de recursos públicos de numeración por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que es conforme con los criterios y cánones hermenéuticos que proporciona el Derecho Administrativo, que se desprenden de las cláusulas constitucionales establecidas en los arts. 9 y 103 de la Constitución".

10. TRANSPORTES DE VIAJEROS. MODIFICACIÓN DE CONCESIÓN

Otorgada una autorización de modificación de la concesión de servicio regular, la misma fue impugnada por una empresa que estimó afectado su equilibrio económico-financiero. El Tribunal de primera instancia rechazó el recurso al entender que la nueva concesión no afecta a recorridos concedidos a la recurrente, y que debe atenderse primordialmente al criterio del interés general vinculado a un mejor servicio a los usuarios en el momento de analizar la validez de la nueva concesión.

Recurrida en casación la sentencia citada, el Tribunal Supremo, en su **STS de 19 de mayo de 2004,** Ar. 3371, rechaza el recurso casacional basado en la falta de motivación de la sentencia recurrida.

El Tribunal Supremo examina los conceptos de motivación suficiente y congruencia en las sentencias y concluye que la referencia que a sentencia recurrida hizo al principio de interés general constituyó motivación suficiente para interpretar la normativa aplicable y desestimar el recurso. En concreto, el Tribunal afirma que "esta Sala de lo Contencioso-Administrativo confirma el criterio de la Sala de instancia que, con acertado rigor jurídico, utiliza la noción de interés general como canon de interpretación de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres y del art. 64 del Reglamento de ejecución de la referida Ley, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, que le excusa de expresar una motivación más intensa sobre los efectos de la alteración sustitutiva del título concesional de la Empre-

sa González de la Riva, SL para la explotación del trayecto Lugo y Navia de Suarna, con anexos y de su proyección sobre la explotación del trayecto U-8, rechazando la existencia de títulos habilitantes para la explotación del referido trayecto por el mismo itinerario que pudiera afectar al equilibrio económico-financiero de la concesión otorgada a la Empresa recurrente Monforte, SA".

Tomás Font i Llovet
Alfredo Galán Galán
Josep Mollevi i Bortolo
Joaquín Tornos Mas

XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD

Sumario:

1. Consumo. A) Incumplimientos en la transposición de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por el Reino de España. B) Efectos jurídicos derivados de la ausencia del trámite de audiencia de asociaciones de consumidores y usuarios. **2. Deporte.** A) Naturaleza de las normas antidopaje desde la perspectiva del derecho comunitario sobre competencia y libre prestación de servicios. **3. Educación.** A) No universitaria. a) Docencia obligatoria de una especialidad distinta de la propia. B) Universitaria. a) Planes de estudios universitarios. **4. Extranjeros.** A) Permiso de trabajo y de residencia. B) Expulsión. C) Asilo y condición de refugiado. D) Extradición. E) Nacionalidad. **5. Juego.** A) Expulsión y prohibición de entrada a un Casino. B) Utilización de una base de datos hípicos en apuestas. **6. Sanidad.** A) Distinción entre "medicamentos" y "efectos y accesorios" o "productos sanitarios". **7. Seguridad privada.** A) Prácticas restrictivas derivadas de la legislación de seguridad privada en Holanda.

1. CONSUMO

A) Incumplimientos en la transposición de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por el Reino de España

La **STJCE de 9 de septiembre de 2004, As. C-70/03,** tiene por objeto la resolución de un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión en relación con la transposición de la Directiva 93/13/CEE del Consejo contra el Reino de España, al no haber adaptado correctamente a su Derecho interno los artículos 5 y 6, apartado 2, de dicha Directiva.

En concreto, en primer lugar, la Comisión reprocha al Reino de España el hecho de que el legislador nacional no haya precisado que la regla de la interpretación favorable al consumidor no se aplica en los casos de las acciones colectivas de cesación contempladas en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva. Según la Comisión, esa omisión puede poner en peligro la eficacia de tales acciones, en la medida en que el profesional, invocando la regla de la interpretación más favorable para el consumidor, podría obtener que no fuera prohibida una cláusula oscura y susceptible de ser interpretada como una cláusula abusiva. Al efecto el Tribunal de Justicia determina que la distinción que establece el artículo 5 de la

Directiva, en lo que atañe a la regla de interpretación aplicable, entre las acciones que implican a un consumidor individual y las acciones de cesación, que implican a las personas u organizaciones representativas del interés colectivo, se explica por la distinta finalidad de ambos tipos de acciones. En el primer caso, los tribunales u órganos competentes han de efectuar una apreciación *in concreto* del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato ya celebrado, mientras que, en el segundo caso, les incumbe efectuar una apreciación *in abstracto* del carácter abusivo de una cláusula cuya posible inclusión se prevé en contratos que todavía no se han celebrado. En el primer supuesto, una interpretación favorable al consumidor individualmente afectado beneficia inmediatamente a éste. En el segundo supuesto, en cambio, para obtener con carácter preventivo el resultado más favorable para el conjunto de los consumidores, no procede, en caso de duda, interpretar la cláusula en el sentido de que produce efectos favorables para ellos. De este modo, una interpretación objetiva permite prohibir con mayor frecuencia la utilización de una cláusula oscura o ambigua, lo que tiene como consecuencia una protección más amplia de los consumidores. De lo anterior se deduce que la precisión contenida en la tercera frase del artículo 5 de la Directiva constituye una regla normativa y vinculante, que confiere derechos a los consumidores y contribuye a definir el resultado que persigue dicha Directiva. Ahora bien, el Gobierno español no ha demostrado que dicho resultado pueda alcanzarse en el ordenamiento jurídico nacional, por lo que se considera fundada la imputación de la Comisión.

En segundo lugar, la Comisión alega que el artículo 6, apartado 2, de la Directiva pretende garantizar la protección de todos los consumidores en todos los contratos celebrados con un profesional, mientras que la legislación española tan sólo prevé dicha protección en lo que atañe a determinados tipos de contratos, a saber, los contemplados en el artículo 5, apartado 1, del Convenio de Roma, y ello únicamente cuando concurren determinados requisitos, a saber, los que exige el apartado 2 de dicho artículo 5. La Comisión añade que estos requisitos son más restrictivos que la única exigencia que prevé el artículo 6, apartado 2, de la Directiva, que se limita a imponer la obligación de que "el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad". Al efecto el Tribunal de Justicia da la razón a la Comisión y señala que la Directiva tiene por objeto "proteger al ciudadano en su papel de consumidor al adquirir bienes y servicios mediante contratos que se rigen por leyes de Estados miembros distintos del suyo". El artículo 6, apartado 2, de la Directiva completa este dispositivo. Tal como se desprende del considerando vigésimo segundo de la misma Directiva, dicha disposición tiene por objeto evitar el riesgo que existe en ciertos casos de privar al consumidor de la protección comunitaria cuando se designa como ley aplicable al contrato el Derecho de un país tercero. A este respecto, aquella disposición prevé, en las relaciones contractuales que implican a países terceros, el mantenimiento de la protección que la Directiva otorga a los consumidores en las relaciones contractuales intracomunitarias, siempre que el contrato mantenga una estrecha conexión con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad.

B) Efectos jurídicos derivados de la ausencia del trámite de audiencia de asociaciones de consumidores y usuarios

La **STS de 26 de abril de 2004,** Ar. 3962, resuelve el recurso de casación contra la estimación de un recurso contencioso interpuesto por la Unión de Consumidores de Santa Cruz de Tenerife contra la disposición general recurrida, anulándola por defecto en su procedimiento de elaboración ante la falta de preceptiva audiencia de la entidad actora.

Al efecto, el Tribunal Supremo razona que en la evolución histórica de su jurisprudencia se pueden distinguir tres etapas: una primera, representada por Sentencias de 24 de diciembre de 1964, ... y 20 de septiembre y 24 de octubre de 1988, Ar. 1988, 7861, así como la posterior Sentencia de 30 de enero de 1989, entendían que la participación corporativa o de asociaciones representativas de intereses en la elaboración de disposiciones generales, más que un requisito indispensable, era facultativa y de observancia discrecional. Una segunda, contenida en Sentencias de 16 de mayo de 1972, ... 25 de septiembre, Ar. 1989, 7401, y 19 de octubre de 1989, Ar. 1989, 6999, que destacan el valor necesario e imprescindible del requisito que analizaban. Y, en fin, la más reciente y en vigor jurisprudencia de esta Sala que concreta el sentido de reconocer el carácter necesario de la audiencia ... centrada con exclusividad en relación con las entidades que por Ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, habiéndose llegado a diferenciar entre las entidades de afiliación obligatoria y las que responden a un principio de libre asociación para excluir la exigencia del precepto legal en el caso de las últimas, y este criterio ha sido reconocido en las Sentencias de 21 de noviembre de 1990, Ar. 1990, 8946, de la Sala Especial del artículo 61, de 5 de febrero de 1992 de la Sección Segunda de la Sala Tercera de este Tribunal, de 6 de julio de 1992 de la Sala Especial del artículo 61, de 27 de marzo de 1993, Ar. 1993, 2182, de la Sección Sexta de esta Sala, de 16 de junio de 1993, Ar. 1993, 4348, de la Sección Tercera de esta Sala, de 2 de noviembre de 1993, Ar. 1993, 8773, de la Sección Segunda, de 5 de abril de 1994, Ar. 1994, 4127, de la Sección Cuarta, de 25 de mayo de 1995, Ar. 1995, 4377, de la Sección Séptima, de 23 de febrero de 1996, Ar. 1996, 4023, ... Por consiguiente, no tratándose en el presente caso de esta clase de entidades de afiliación obligatoria, tampoco por vía de una interpretación integradora podía imponerse, con la trascendencia defendida en la demanda, la necesidad de una audiencia que no estaba prevista en una disposición legal directamente aplicable, por lo que procede la casación de la sentencia recurrida.

2. DEPORTE

A) Naturaleza de las normas antidopaje desde la perspectiva del derecho comunitario sobre competencia y libre prestación de servicios

La **STPICE de 30 de septiembre de 2004, T-313/02, As. David Meca,** desestima el recurso interpuesto contra la Decisión de 1 de agosto de 2002 de la Comisión, que a su vez desestimaba la denuncia presentada contra la normativa antidopaje a la luz de los criterios del Derecho de la competencia y haber llegado a la conclusión de que dicha normativa

no estaba comprendida en el ámbito de aplicación de la prohibición contenida en los artículos 81 CE y 82 CE.

El Tribunal de Primera Instancia afirma que la cuestión que se plantea en el presente caso, fundamentalmente, es la de si una normativa contra el dopaje puede considerarse contraria al artículo 49 CE, relativo a la libre prestación de servicios, y qué consecuencias deben deducirse de ello a la luz del Derecho comunitario de la competencia. Para poder responder a esta cuestión, de la que depende la solución del recurso, así como a los motivos y alegaciones de las partes, es preciso definir la naturaleza y el contenido de la normativa antidopaje controvertida a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de aplicación a las normativas deportivas de las disposiciones del Tratado CE sobre las libertades económicas y, en particular, de las disposiciones aplicables en materia de libre circulación de trabajadores, de libre prestación de servicios y de competencia.

En tal sentido se señala que si bien es cierto que el deporte de alta competición se ha transformado, en gran medida, en una actividad económica, no es menos cierto que la lucha contra el dopaje no persigue objetivo económico alguno. Asimismo, de forma harto discutible se añade que "el acto deportivo es, esencialmente, un acto gratuito, sin carácter económico aun cuando el atleta lo realice como una actividad deportiva profesional. En otras palabras, la prohibición del dopaje y la normativa antidopaje se refieren exclusivamente a la faceta del acto deportivo que no tiene carácter económico, aun cuando sea un profesional quien realice dicho acto, lo que constituye su verdadera esencia". Por consiguiente se concluye que la prohibición del dopaje se basa en consideraciones puramente deportivas y es ajena a cualquier consideración económica, lo que significa que las normas de la lucha contra el dopaje no están comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a las libertades económicas y, en particular, de los artículos 49, 81 y 82 CE.

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) Docencia obligatoria de una especialidad distinta de la propia

La **STS de 2 de junio de 2004,** Ar. 3878, resuelve un conflicto planteado por un Profesor de Enseñanza Secundaria en relación con un acuerdo de la Dirección de su Centro que le imponía impartir dos horas lectivas de una materia distinta a la suya. Para resolverlo, el Tribunal Supremo comienza por recordar que la propia Sala (STS de 16 de mayo de 2001, Ar. 4851) ya había ratificado la nulidad de las Instrucciones del Ministerio de Educación y Ciencia al respecto (OM de 29 de junio de 1994) y, en coherencia con lo entonces interpretado, afirmará que la correlación entre la especialidad del Profesor y la materia o área que tiene que impartir es una exigencia implícita del principio de eficacia de la actuación administrativa y que la correspondencia entre la especialidad de profesores y

las áreas o materias que aparecen en los anexos, reclama una interpretación cautelosa, más que abierta.

B) Universitaria

a) Planes de estudios universitarios

De la **STS de 27 de febrero de 2004,** Ar. 2676, podemos destacar aquí una afirmación relativa al procedimiento (universitario) de elaboración de los planes de estudios universitarios (a partir, eso sí, de las directrices gubernamentales al respecto), como es que lo enmarca en el ámbito de la autonomía constitucionalmente reconocida a las universidades.

4. EXTRANJEROS

A) Permiso de trabajo y de residencia

En la **STJCE de 7 de septiembre de 2004, C-456/02,** As. Trojani, por lo que aquí más interesa, el Tribunal de Luxemburgo interpretará que un ciudadano de la Unión Europea que no disfruta en el Estado miembro de acogida de un derecho de residencia en virtud de los artículos 39 TCE (libre circulación de trabajadores), 43 TCE (libre establecimiento) y 49 TCE (libre prestación de servicios), sin embargo, por su mera condición de ciudadano de la Unión, puede disfrutar de un derecho de residencia en virtud de la aplicación directa del artículo 18.1 TCE.

Seis **SSTS de 6 y 12 de abril de 2004**, Ar. 3382, 3441, 3442, 3288, 3361 y 3362, respectivamente, tras un considerable esfuerzo interpretativo sobre las modalidades de autorización del trabajo de extranjeros en España, llegan a la conclusión de la nulidad parcial del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se determinó el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2002, por constituir un supuesto de inderogabilidad singular de los reglamentos.

La **STS de 17 de mayo de 2004,** Ar. 4408, inaplica la OM de 11 de abril de 1996 para acudir directamente al Reglamento de Extranjería, con lo que concede la exención de visado de residencia a una ecuatoguineana nacida de padres españoles de los que depende económicamente, a pesar de haber superado la minoría de edad (que era el requisito exigido, precisamente, por la Orden inaplicada).

La **STS de 12 de abril de 2004,** Ar. 3753, para un supuesto de renovación del permiso de trabajo, interpreta, por una parte, que ha de valorarse si han cambiado o no las circunstancias existentes en el momento en que se concedió el permiso que se trata de renovar y, por otra parte, que también hay que tener en cuenta la continuidad laboral, la actividad empresarial o la nueva oferta de empleo formulada por empresario responsable.

B) Expulsión

La **STJCE de 29 de abril de 2004, C-482 y 493/01,** As. Orfanopoulos, contiene una interesante interpretación de la Directiva 64/221/CEE. En concreto, el Tribunal de Luxemburgo considera que tal norma comunitaria se opone a una práctica nacional en la que, al examinarse la legalidad de la expulsión de un ciudadano de otro Estado miembro, los órganos jurisdiccionales no tengan en cuenta los hechos posteriores a la última resolución que pudieran implicar la desaparición o una considerable disminución de la amenaza que, para el orden público, constituyera el comportamiento de la persona de que se trate; sobre todo cuando hubiera transcurrido un prolongado lapso de tiempo entre la fecha de la resolución de expulsión y el examen de dicha resolución por el órgano jurisdiccional competente. Dicho de otra manera, que los órganos jurisdiccionales deben analizar si existen hechos o datos posteriores a la orden de expulsión que por considerar que significan la desaparición de la amenaza "actual" del orden público, deben ser tenidos en cuenta y en definitiva, impidan la ejecución de la orden de expulsión (que en su momento, repárese, podía estar perfecta y legalmente adoptada).

C) Asilo y condición de refugiado

Han sido muy numerosos los pronunciamientos recaídos en materia de asilo. Diversas sentencias del Tribunal Supremo han avalado la inadmisión a trámite de solicitudes de asilo por no aportar indicios suficientes de la existencia de persecución (**SSTS de 17 de febrero, 12, 13 y 15 de abril, 11 de mayo y 11, 14, 22 y 23 de junio de 2004**, Ar. 1887, 2614, 2621, 3446, 2632, 3474, 3375, 3841, 4229, 4230, 4231 y 4205). En el mismo sentido, otro grupo de sentencias ratifica la inadmisión por falta de invocación de alguna de las causas que permiten el reconocimiento del asilo (**SSTS de 8 de marzo, 22 y 26 de abril, 12, 13, 14 y 21 de mayo y 1 y 7 de junio de 2004,** Ar. 2261, 3455, 2720, 2703, 2785, 2705, 4404, 3531, 3679, 3308 y 3881).

Otra serie de sentencias confirma la denegación de asilo a quien lo solicita aduciendo amenazas de grupo islamista terrorista cuando éstas son perseguidas por el Gobierno de su país (criterio al que ya hemos venido prestando atención en crónicas anteriores; **SSTS de 5, 6 y 12 de abril y 3 y 12 de mayo de 2004**, Ar. 2032, 2748, 2616, 2695 y 2702).

Hay otro grupo de sentencias que también deniegan el asilo, aunque por diversos motivos. Así las **SSTS de 29 de abril** y **2 de junio de 2004**, Ar. 2656 y 3309, lo hacen por la situación de ilegalidad durante cierto tiempo previa a la solicitud de asilo. Las **SSTS de 15 de junio** y **14 de julio de 2004,** Ar. 4075 y 4245, la deniegan por tener, precisamente, incoado un expediente de expulsión. Asimismo, la **STS de 17 de mayo de 2004,** Ar. 3917, ratifica la inadmisión a trámite dado que el solicitante (de origen armenio) había obtenido otra nacionalidad (de Uzbekistán), con lo que no se podía determinar como país de persecución el de origen. De igual manera, la **STS de 13 de julio de 2004,** Ar. 4243, deniega el asilo por persistir duda razonable sobre la verdadera nacionalidad del solicitante.

Hay otras sentencias de diferente orientación. La **STS de 12 de abril de 2004,** Ar. 2617, anula la inadmisión y ordena la continuación del procedimiento de solicitud de asilo porque el informe de ACNUR se refiere específicamente a la verosimilitud de lo afirmado por el solicitante (lo que, al parecer, no había sido debidamente tenido en cuenta). La **STS de 1 de junio de 2004**, Ar. 3979, ordena retrotraer el procedimiento de solicitud de asilo por apreciar indefensión efectiva en el solicitante al no haber sido advertido de la posibilidad de asistencia letrada. La **STS de 11 de junio de 2004,** Ar. 4073, aunque ratifica la denegación del asilo otorga la protección a desplazados. Por su parte, la **STS de 16 de junio de 2004,** Ar. 4308, otorga el asilo, pese a las circunstancias previas (que, por otra parte, suelen ser bien complejas para los solicitantes de asilo), atendiendo a las peculiaridades del caso (militar de unidad antiterrorista que se opone a las violaciones de derechos humanos por el ejército en su país). Finalmente, la **STS de 14 de julio de 2004,** Ar. 4244, otorga el derecho de permanencia en España por razones humanitarias al solicitante de asilo y su familia.

D) Extradición

En primer lugar conviene tener en cuenta la **STC 148/2004, de 13 de septiembre,** que reitera la doctrina previamente establecida en su STC 32/2003, donde se recoge el cuidado, la atención y las garantías con las que deben tratarse los procesos de extradición pasiva por parte de los poderes públicos españoles.

Por su parte, la **STS de 29 de enero de 2004,** Ar. 2182, ratifica su interpretación (STS de 24 de junio de 2003, Ar. 6635) de que el Acuerdo inicial del Gobierno –que pone en marcha el proceso de extradición pasiva– no es un ni acto político excluido de revisión jurisdiccional ni un acto de trámite, sino un acto con sustantividad propia, en cuanto que en él se valoran las circunstancias concurrentes en la petición formulada por el Estado requirente y se decide continuar el procedimiento de extradición pasiva.

E) Nacionalidad

Las **SSTS de 21 de enero, 16 de febrero** y **21 y 22 de abril de 2004,** Ar. 2165, 4043, 2613 y 2644, se oponen a que la denegación de nacionalidad por residencia se fundamente en motivos de orden público e interés nacional cuando los informes al respecto no consten en el expediente (por considerarse reservados).

Por su parte, las **SSTS de 9 de febrero** y **22 de abril de 2004,** Ar. 2200 y 2549, consideran que la cancelación de los antecedentes penales no significa, por sí sola, acreditar el cumplimiento del requisito de la buena conducta cívica, sino que ésta debe examinarse (y puede apreciarse su incumplimiento) a pesar de haberse producido aquélla.

La **STS de 23 de abril de 2004,** Ar. 2650, considera no satisfecho el requisito de la buena conducta cívica al resultar probadas diversas denuncias por lesiones y malos tratos, aunque las actuaciones penales no hubieran finalizado –por diversas causas– en sentencia condenatoria alguna.

5. JUEGO

A) Expulsión y prohibición de entrada a un Casino

La **STS de 11 de junio de 2004**, Ar. 3941, tiene su origen en la decisión del Director de Juego de un Casino, sito en la localidad de Torrelodones, que determina la prohibición de entrada al Casino de unas determinadas personas en uso de las facultades otorgadas en el artículo 31 del Reglamento de Casinos de Juego, aprobado por Orden del Ministerio del Interior de fecha 9 de enero de 1979, al entender que habían incurrido en la causa de prohibición de acceso que el precepto describe con los términos cometer irregularidades en la práctica de los juegos; siendo la conducta supuestamente constitutiva de tales irregularidades la de que durante un largo período de tiempo estuvieron determinando las frecuencias de los resultados de las ruletas, o de alguna de ellas en concreto, con el fin de que, mediante un cálculo de probabilidades y utilizando un programa informático determinado, y tomando como base las tendencias, poder predecir los posibles resultados futuros, con un mínimo margen de error.

En cuanto al fondo del asunto el Tribunal Supremo determina que comparte sin reserva alguna la conclusión que alcanzó la Administración en su resolución recurrida, así como el razonamiento por el que la Sala de instancia consideró que dicha resolución era conforme a Derecho, pues el juego de la ruleta, cuando aquellas personas participaron en él como jugadores, no dejó de practicarse con toda regularidad, sin manipulación alguna de la propia ruleta, sin sustituir la elección del número o números a cuyo favor se apuesta después del momento en que ello ya no es permitido, sin influir en momento alguno en el discurrir de la bola y del cilindro y con sujeción, por tanto, al azar del número en que la bola finalmente se pose. Hubo en aquellos jugadores, sin más, la utilización del ingenio y la aplicación de la técnica informática para descubrir que en una o unas determinadas ruletas unos números tenían, por causas físicas atinentes a ligerísimas imperfecciones de construcción o colocación, imperceptibles a simple vista, más probabilidades que otros en resultar ganadores a lo largo de un tiempo de juego más o menos prolongado. La lícita reacción defensiva de la empresa titular del Casino, encaminada a procurar la satisfacción de sus propios cálculos sobre el resultado económico de la actividad empresarial, no pasa por la expulsión o prohibición de entrada de aquellos jugadores, sino por el cambio de emplazamiento de las ruletas, el intercambio de sus componentes, o la mejora en su diseño, construcción o asentamiento.

B) Utilización de una base de datos hípicos en apuestas

La **STJCE de 9 de noviembre de 2004, C-203/02,** As. British Horseracing Board (BHB), resuelve una cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de los artículos 7 y 10, apartado 3, 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. En concreto, BHB y otros se encargan de la organización del sector de las carreras hípicas en el Reino

Unido y, en este contexto, se ocupan, ejerciendo diferentes funciones, del desarrollo y de la gestión de la base de datos de BHB, base que almacena un número considerable de datos obtenidos de los propietarios de caballos, entrenadores, organizadores de carreras hípicas y otras personas del medio hípico. Esta base de datos contiene, en particular, informaciones sobre el pedigrí de un millón de caballos aproximadamente, así como la denominada "información previa a las carreras", correspondiente a las carreras que habrán de desarrollarse en el Reino Unido. Esta última información versa, entre otros extremos, sobre la denominación, el lugar y la fecha de la carrera, la distancia que habrá de recorrerse, los criterios de admisión, la fecha en que finaliza el plazo para llevar a cabo la correspondiente inscripción, el importe de la comisión de entrada y la cantidad con la que el hipódromo contribuirá a los premios que se conceden al final de la carrera.

Por su parte, Willian Hill es uno de los principales organizadores de apuestas "fuera de hipódromo" en el Reino Unido y atiende tanto a clientes británicos como internacionales. El problema se suscita porque BHB emprende una acción contra William Hill, y alegan, por un lado, que la utilización diaria por William Hill de información hípica extraída de los periódicos y de la base de datos de BHB constituye una extracción o una reutilización de una parte sustancial del contenido de su base de datos, contraria al artículo 7, apartado 1, de la Directiva. Por otro lado, sostienen que, aun admitiendo que las extracciones individuales a las que procede William Hill no sean sustanciales, están prohibidas en virtud del artículo 7, apartado 5, de la Directiva.

A juicio del Tribunal de Justicia la protección que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva confiere a la persona que ha constituido una base de datos la facultad de impedir la extracción y/o la reutilización, sin su consentimiento, de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base de datos. Por otro lado, el artículo 7, apartado 5, de la Directiva prohíbe en ciertas condiciones la extracción y/o la reutilización no autorizadas de partes no sustanciales del contenido de una base de datos. La finalidad de este derecho es proteger a la persona que ha constituido la base de datos frente a los "actos del usuario que excedan de sus derechos legítimos y que perjudiquen así la inversión" de aquella persona, tal como se indica en el considerando cuadragésimo segundo de la Directiva. Lo que se funda en una justificación económica consistente en garantizar a la persona que ha constituido la base de datos la protección y la remuneración de la inversión destinada a la constitución y al funcionamiento de dicha base. Es verdad que la persona que constituyó la base de datos puede reservarse un derecho de acceso exclusivo a su base o reservar el acceso a ésta a determinadas personas. Pero si ella misma hace accesible al público el contenido de su base de datos o de una parte de ésta, su derecho no le permite oponerse a la consulta de dicha base por terceros. Lo mismo ocurre cuando la persona que constituyó la base de datos autoriza a un tercero a reutilizar el contenido de su base, es decir, a difundir al público dicho contenido. Ahora bien, los actos de extracción, a saber, la transferencia del contenido de una base de datos a otro soporte, y los reutilización, a saber, la puesta a disposición del público del contenido de una base de datos, que versen sobre la totalidad o una parte sustancial del contenido de una base de datos requieren la autorización de la persona que constituyó la base, incluso aunque ésta haya hecho total o parcialmente accesible al público su base o haya autorizado que uno o varios terceros la

difundan al público. En el presente caso el Tribunal de Justicia concluye que BHB y otros podrán prohibir actos como los efectuados por William Hill en virtud de su derecho, siempre que tales actos versen sobre la totalidad o una parte sustancial del contenido de la base de datos de BHB, en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva. Cuando tales actos versen sobre partes no sustanciales de la referida base, únicamente estarán prohibidos si concurren los requisitos del artículo 7, apartado 5, de la Directiva.

6. SANIDAD

A) Distinción entre "medicamentos" y "efectos y accesorios" o "productos sanitarios"

La **STS de 25 de mayo de 2004**, Ar. 3923, parte de esta distinción legal para resolver una impugnación relativa a la adquisición directa por parte del INSALUD de pañales absorbentes para la dispensación en sus hospitales.

7. SEGURIDAD PRIVADA

A) Prácticas restrictivas derivadas de la legislación de seguridad privada en Holanda

La **STJCE de 7 de octubre de 2004, As. C-189/03,** determina que el Reino de los Países Bajos ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE al haber aprobado, en el marco de la Ley sobre empresas privadas de seguridad y agencias de detectives, de 24 de octubre de 1997, unas disposiciones que, en primer lugar, exigen que las empresas que pretendan prestar servicios en el territorio holandés así como sus directivos se hallen en posesión de una autorización, cuya obtención requiere efectuar algunos gastos, sin tener en cuenta las obligaciones a las que el prestador de servicios extranjero esté ya sujeto en el Estado miembro de establecimiento, además, en segundo lugar, se produce idéntica infracción cuando se exige que los miembros del personal de las citadas empresas que sean destinados en los Países Bajos desde el Estado de establecimiento se hallen en posesión de una tarjeta de legitimación expedida por las autoridades holandesas, en la medida en que no se tienen en cuenta, para la referida exigencia, los controles a los que los prestadores de servicios transfronterizos se hallan ya sujetos en su Estado miembro de origen.

Iñaki Agirreazkuenaga
Edorta Cobreros

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

Sumario:

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Competencia. a) Los Juzgados conocen de los recursos contra actos de Diputaciones Forales. B) Sujetos. a) Legitimación. a') Un Colegio de Médicos no tiene legitimación para impugnar un Decreto sobre 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. b') Un Colegio de Abogados carece de legitimación para recurrir el Acuerdo del Consejo de Ministros que fija el contingente de trabajadores extranjeros en régimen no comunitario. c') Un Sindicato está legitimado para recurrir contra Acuerdo del Consejo de Ministros que determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario. C) Objeto. a) La declaración de lesividad no supone la reapertura de los plazos de impugnación. b) No se pueden impugnar en vía administrativa las disposiciones de carácter general. D) Pretensiones: no es posible ser obligado a distar un reglamento, salvo en determinados supuestos. E) Procedimiento. a) El artículo 135.1 LEC es aplicable a la interposición del recurso contencioso-administrativo. b) Debe darse traslado para contestar a la demanda a la Corporación Local que no se hubiese personado en las actuaciones. c) Prueba. a') La confesión de la Administración se realiza con pliego de preguntas a responder mediante informe. b') La prueba de presunciones no es obligatoria apreciación. c') El derecho a utilizar la prueba necesaria no supone una facultad ilimitada de las partes. F) Medidas cautelares. a) Ante el enfrentamiento de dos intereses públicos urbanísticos debe valorarse cuál es el prevalente. b) La suspensión se asienta en el *periculum in mora*. c) El planeamiento urbanístico representa un interés público prevalente. **2. Recurso de casación.** A) Objeto: las razones conducentes a la imposición de costas no son impugnables en casación. B) Procedimiento. a) Interposición: los motivos deben expresarse de forma separada

y no acumulada. b) Inadmisión. a') Defectuosa preparación: la justificación de la infracción de normas no autonómicas es insubsanable. b') No son recurribles en casación las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia dictadas en materias que son competencia de los Juzgados.

INTRODUCCIÓN

La presente crónica abarca el período de septiembre a diciembre del *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* (núms. 13 a 19), siendo de destacar la materia referente a la legitimación para recurrir contra el Acuerdo que fija el contingente de trabajadores extranjeros.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Competencia

a) Los Juzgados conocen de los recursos contra actos de Diputaciones Forales

En relación con los actos provenientes de la Diputaciones Forales, el apartado 1 de la Disposición Adicional Primera de la LJCA dice lo siguiente: "1. En la Comunidad Autónoma del País Vasco, la referencia del apartado 2 del artículo 1 de esta Ley incluye las Diputaciones Forales y la Administración Institucional de ellas dependiente. Asimismo, la referencia del apartado 3, letra a), del artículo 1 incluye los actos y disposiciones en materia de personal y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes de las Juntas Generales de los Territorios Históricos." El primer inciso añade así una Administración más al elenco de administraciones públicas enumerado por el apartado 2 del artículo 1 de la propia Ley Jurisdiccional, que literalmente reza así: "2. Se entenderá a estos efectos por Administraciones públicas: a) La Administración General del Estado. b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas. c) Las Entidades que integran la Administración local. d) Las Entidades de derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales."

Para la **STS de 18 de mayo de 2004,** Ar. 3780, no cabe duda de que las Diputaciones Forales, como órganos ejecutivos de los Territorios Históricos, exceden el carácter de la Administración Local a que se refiere la letra c), ya que no pueden ser equiparadas a las Diputaciones provinciales comunes por cuanto sus competencias superan a las de éstas, ostentando algunas –de las que se predica su naturaleza foral– que en otras Comunidades Autónomas corresponden a las Administraciones autonómicas. Por contra, tampoco pueden ser asimiladas a las Administraciones de las Comunidades Autónomas aludidas en la letra b), cuyo correlato es la propia Administración de la Comunidad Autónoma del

País Vasco. Esta peculiar naturaleza sustantiva y procesal de las Diputaciones Forales ya había dado lugar a que el Alto Tribunal considerase que los recursos de casación dirigidos contra Sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco respecto de actos provenientes de las Diputaciones Forales estuviesen sometidos a las exigencias previstas en los artículos 86.4 y 89.2 de la Ley de la Jurisdicción (93.4 y 96.2 del anterior texto procesal), en la medida en que las Diputaciones Forales son entes públicos "cuya actuación no rebasa el territorio de una Comunidad Autónoma y cuya significación, además, es diferente a la que corresponde a las Corporaciones Locales del resto del Estado Español", equiparando a estos efectos a las citadas Diputaciones Forales con las Administraciones de las propias Comunidades Autónomas.

Siendo así que, en virtud de la referida Disposición Adicional Primera, apartado 1, primer inciso, de la Ley de la Jurisdicción, las Diputaciones Forales constituyen una Administración incluida en el listado del artículo 1.2 de la propia Ley procesal, la resolución comentada les da a efectos competenciales el tratamiento más acorde con su naturaleza, y éste es sin duda, habida cuenta de la imposibilidad de su equiparación con la Administración Local por ostentar competencias que exceden las propias de las Diputaciones comunes, el que la Ley atribuye a las Administraciones de las Comunidades Autónomas mencionadas en la letra b) de citado artículo 1.2 de la Ley de la Jurisdicción. La equiparación de las Diputaciones Forales en cuanto al régimen de recursos a las Administraciones autonómicas obliga a considerar de aplicación lo prevenido en el artículo 8.3 de la Ley Jurisdiccional. En él se dispone que los Juzgados de lo Contencioso Administrativo.

B) Sujetos

a) Legitimación

a') Un Colegio de Médicos no tiene legitimación para impugnar un Decreto sobre 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

La **STS de 21 de junio de 2004,** Ar. 4900, afirma la carencia de legitimación del Colegio recurrente para asumir la defensa del derecho a la tutela judicial efectiva de los pacientes. Está, ciertamente, invocando un derecho fundamental de titularidad ajena ya que el Colegio Oficial de Médicos no tiene atribuida legalmente la defensa de los usuarios del Sistema de Salud.

En lo que se refiere a los médicos, ha de tenerse en cuenta que, como señalan recientes Sentencias de 6 de abril de 2004, los colegios profesionales constituyen corporaciones de derecho público de base privada asociativa que tienen reconocida la defensa de los intereses de los profesionales que los integran. Esta naturaleza bifronte, pública y privada, les confiere funciones públicas relacionadas con la ordenación de la correspondiente

profesión, en unión de funciones generales de gestión y defensa de los intereses inherentes al ejercicio profesional y al estatuto de sus miembros. Esta función, sin embargo, no es suficiente para reconocerles legitimación para la impugnación de cualquier norma, disposición o acto administrativo que pueda tener efectos en los sectores sobre los que se proyecta el ejercicio profesional de quienes integran la corporación, ni sobre los derechos e intereses de aquellas personas en beneficio de los cuales están llamados a ejercitar sus funciones profesionales, si no se aprecia una conexión específica entre la disposición, el acto administrativo y la actuación o el estatuto de la profesión. Pero en cualquier caso, señala la resolución comentada, lo que no puede el Colegio recurrente, desde una perspectiva objetiva, es fundamentar su recurso en una eventual, hipotética o potencial vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que es un derecho personal, en este caso de titularidad ajena.

b') Un Colegio de Abogados carece de legitimación para recurrir el Acuerdo del Consejo de Ministros que fija el contingente de trabajadores extranjeros en régimen no comunitario

La legitimación activa es una relación fijada por la ley entre una persona y el contenido de la pretensión necesaria para que aquélla pueda ejercitarla ante los tribunales de justicia. En el orden contencioso-administrativo la legitimación activa se defiere, según una vieja jurisprudencia, en consideración a la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de suerte que, de estimarse ésta, se produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esta ventaja ha de ser concreta y efectiva. No es suficiente, como regla general, que se obtenga una recompensa de orden moral o solidario, como puede ocurrir con la mera satisfacción del prestigio profesional o científico inherente a la resolución favorable al criterio mantenido o con el beneficio de carácter cívico o de otra índole que lleva aparejado el cumplimiento de la legalidad.

Los colegios profesionales constituyen corporaciones de derecho público de base privada asociativa que tienen reconocida la defensa de los intereses de los profesionales que los integran. Esta naturaleza bifronte, pública y privada, les confiere funciones públicas relacionadas con la ordenación de la correspondiente profesión, en unión de funciones generales de gestión y defensa de los intereses inherentes al ejercicio profesional y al estatuto de sus miembros. Esta función, sin embargo, para la **STS de 6 de abril de 2004,** Ar. 3318, no es suficiente para reconocerles legitimación para la impugnación de cualquier acto administrativo que pueda tener efectos en los sectores sobre los que se proyecta el ejercicio profesional de quienes integran la corporación, ni sobre los derechos e intereses de aquellas personas en beneficio de las cuales están llamados a ejercitar sus funciones profesionales, si no se aprecia una conexión específica entre el acto administrativo y la actuación o el estatuto de la profesión. Sostener la existencia en favor de los colegios profesionales de legitimación para impugnar cualquier acto administrativo por la relación existente entre el ámbito de actuación de la profesión o los derechos o intereses de los

beneficiarios de la actuación profesional y el sector político, social o económico sobre el que produce efectos aquel acto equivaldría a reconocerles acción para impugnar los actos administrativos dictados en sectores muy amplios del ordenamiento y, por ende, a reconocerles facultades de impugnación revestidas de una amplitud sólo reservada a la acción popular.

En el proceso enjuiciado por la resolución comentada, el objeto del recurso es la fiscalización de la legalidad de un Acuerdo respecto del que se pone de manifiesto que limita notablemente las facultades de los extranjeros no comunitarios residentes regular o irregularmente en España para tener acceso a un permiso de trabajo en nuestro país. El Alto Tribunal no considera acreditado el interés legítimo del colegio profesional que ejercita la acción, pues no es suficiente la conexión genérica entre los fines y la actividad propia de la abogacía y el contenido del acto administrativo impugnado, centrado en actuaciones administrativas relacionadas con la posibilidad de tener acceso al trabajo en España, por cuanto éste es en sí mismo ajeno a los aspectos de ejercicio, organización y estatuto de la expresada profesión.

c') Un Sindicato está legitimado para recurrir contra Acuerdo del Consejo de Ministros que determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario

La **STS de 6 de abril de 2004,** Ar. 3442, ha precisado que para la fiscalización de la legalidad de un Acuerdo que limita notablemente las facultades de los extranjeros no comunitarios residentes regular o irregularmente en España para tener acceso a un permiso de trabajo en nuestro país, se entiende acreditado el interés legítimo de la central sindical que ejercita la acción por la conexión entre los fines y la actividad del sindicato (la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores) y el objeto del pleito, centrado en actuaciones administrativas relacionadas con la posibilidad de tener acceso al trabajo en España. El hecho de que se trate de un acto del Gobierno de fijación del contingente anual no comporta la ausencia de interés del sindicato. El ejercicio de las potestades de la Administración, como ha declarado en ocasiones el Tribunal Constitucional, nada dice sobre la ausencia de titularidad de intereses legítimos del sindicato (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2001, de 15 de enero, FJ 6º), aunque aquéllas estén excluidas de la obligación de negociación colectiva, siempre que tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo. En este caso, por otra parte, la LODLEE llama a las organizaciones sindicales más representativas a ser oídas como paso previo a la adopción del Acuerdo, confirmando la conexión entre el interés de este tipo de organizaciones y el objeto de la actuación administrativa. Tampoco, finalmente, resulta relevante para decidir sobre esta cuestión el hecho de que los trabajadores afectados sean extranjeros, pues las modulaciones de su derecho al trabajo que de tal condición puedan derivarse no constituyen obstáculo alguno al interés de los sindicatos en la defensa de los intereses inherentes a su condición de trabajadores que aspiran a ser autorizados para ejercer su actividad en España.

C) Objeto

a) La declaración de lesividad no supone la reapertura de los plazos de impugnación

Para la **STS de 29 de abril de 2004,** Ar.3292, no cabe impugnar un acuerdo declaratorio de la lesividad de un acto administrativo para obtener un pronunciamiento que incluya en esa declaración unos motivos de anulabilidad adicionales a los apreciados por la Administración autora del acto. El proceso de lesividad no supone para el administrado interesado en la anulación de los actos declarados lesivos la reapertura de los plazos de impugnación de aquellos por lo que en el proceso de lesividad no pueden sino cooperar al éxito de las pretensiones ejercitadas por la Administración.

b) No se pueden impugnar en vía administrativa las disposiciones de carácter general

La incorporación al artículo 107.3, de la Ley 30/1992, de la regla según la cual los reglamentos se hallan excluidos de la vía administrativa, venía siendo demandada por la doctrina administrativista por lo menos desde el año 1959, en que se publicó (número 29 de la *Revista de Administración pública*) un artículo doctrinal en el que se hacía ver que imponer la carga en que consiste la vía administrativa para impugnar los reglamentos es contrario a la seguridad jurídica. Lo que ésta exige es, precisamente, eliminación rápida del reglamento ilegal cuya sola apariencia impone confusión y menoscaba la autoridad primariamente debida a la ley.

La **STS de 17 de mayo de 2004,** Ar. 3713, nos recuerda esto para dejar bien claro que no estamos ante una acrobacia más o menos elegante del legislador, sino ante un precepto firmemente asentado en uno de los pilares que sustentan, a su vez, el Estado de derecho: la seguridad jurídica.

D) Pretensiones: no es posible ser obligado a distar un reglamento, salvo en determinados supuestos

La **STS de 21 de junio de 2004,** Ar. 4900, señala que la posibilidad de nulidad por infracción omisiva de una norma reglamentaria es teóricamente posible en dos supuestos: a) cuando, siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria suponga el incumplimiento, no de una mera habilitación, sino de una obligación expresamente establecida por la Ley que se trata de desarrollar o ejecutar, y b) cuando el silencio del Reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico. Y es únicamente en estos supuestos de omisión reglamentaria, en los que el restablecimiento de la supremacía de la Constitución o de la Ley puede consistir en negar simplemente eficacia jurídica al efecto derivado de dicho silencio del reglamento contrario al ordenamiento jurídico.

E) Procedimiento

a) El artículo 135.1 LEC es aplicable a la interposición del recurso contencioso-administrativo

La **STS de 5 de abril de 2004,** Ar. 4884, nos recuerda la doctrina jurisprudencial que establece que en el proceso contencioso-administrativo es aplicable lo establecido en el artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La indicada Ley regula separadamente el cómputo de los plazos, lo que se hace en el artículo 133; el carácter improrrogable de aquéllos, del que se ocupa el artículo 134, y la presentación de escritos, a efectos del requisito de tiempo de los actos procesales, lo que se lleva a cabo en el artículo 135, habiéndose expuesto en el anterior fundamento lo establecido en el apartado 1 de este último artículo. La finalidad a la que responde este apartado 1 es la de habilitar una forma de presentación de escritos de término al no ser posible hacerlo, dado lo dispuesto en el apartado 2 de dicho artículo 135, en el Juzgado que preste el servicio de guardia.

Dado el carácter supletorio de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la sustanciación del proceso contencioso-administrativo (Disposición Final Primera de la Ley de esta Jurisdicción 29/1998 y artículo 4 de dicha Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que supone que esta Ley rige como supletoria en lo no previsto por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al no regularse por ésta la presentación de escritos de término cuando no es posible efectuar aquélla en la Secretaría del Juzgado o Tribunal o en la oficina de servicio de registro central que esté establecido, en virtud del expresado carácter supletorio hay que entender, como ya se ha indicado, que la referida presentación de escritos de término podrá efectuarse en la forma prevista en el artículo 135.1 al que nos venimos refiriendo.

En contra de la conclusión sentada no puede alegarse que en el artículo 128.1 de la Ley de esta Jurisdicción se establece un sistema de presentación de escritos específico del proceso contencioso-administrativo. Dicho artículo, al igual que el artículo 134 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que los plazos son improrrogables, si bien, y es ésta una singularidad del proceso contencioso-administrativo, existe la posibilidad, conforme al apartado 1 de dicho artículo 128, de presentar el escrito que proceda dentro del día en que se notifique la resolución en la que se tenga por perdido el trámite que hubiere dejado de utilizarse. Pero preciso es resaltar que en dicho artículo 128.1 no se regula una forma de presentación de escritos de término (Juzgado de guardia, en la normativa anterior a la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, buzón, presentación del modo establecido en el artículo 135.1 de aquélla, o cualquier otra que pudiera establecerse), sino una rehabilitación de plazos salvo en los supuestos que en el mismo artículo se establecen. Por lo tanto, para verificar si en el repetido artículo 128.1 se establece alguna singularidad en el proceso contencioso-administrativo respecto del civil, dicho artículo se debe poner en relación, como se ha indicado, con el artículo 134 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por referirse ambos a la improrrogabilidad de los plazos, pero no se puede comparar con lo dispuesto en el artículo 135.1 de dicha Ley procesal civil al regularse en éste algo distinto como es la forma de presentación de un escrito cuando dicha presentación está sujeta a plazo.

Tampoco puede oponerse a la conclusión que se ha sentado sobre la aplicación del repetido artículo 135.1, diciendo que en el artículo 128.1 de la Ley de esta Jurisdicción se contiene un sistema de presentación de escritos, específico del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, al establecer que la presentación del escrito que proceda, una vez transcurrido el plazo en principio establecido, debe hacerse, por imperativo de dicho artículo, "dentro del día en que se notifique el auto". Este precepto establece cuándo se debe presentar el escrito de que se trate después de transcurrido el plazo originario, pero no regula la forma de presentarlo el día del vencimiento (Juzgado de guardia, sistema del artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, buzón o cualquier otro que pudiera establecerse) cuando no es posible hacer dicha presentación en la Secretaría del Juzgado o Tribunal o en la oficina de servicio de registro central que esté establecido. Tampoco se indica en el referido artículo 128 la forma de presentar un escrito de término el día del vencimiento del plazo inicialmente concedido.

Debe indicarse asimismo que si en el proceso contencioso-administrativo se presenta un escrito en la forma prevista en el artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se trate de un escrito de aquellos cuya presentación ha de hacerse "dentro del día en que se notifique el auto", la presentación en la forma expresada en el indicado artículo producirá todos los efectos legales pues, en virtud de la ficción legal presente en dicho artículo, habrá que entender que la presentación en cuestión se hizo dentro del día en que se notificó el auto.

A lo expuesto en los anteriores fundamentos debe añadirse que la aplicación al proceso contencioso-administrativo de lo dispuesto en el artículo 135.1 de continua referencia no deriva de que en dicho precepto legal se contenga una prórroga del plazo inicialmente concedido, y que por ello deba aplicarse en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo al no regularse en la Ley de esta Jurisdicción el cómputo de los plazos. Ya se indicó anteriormente que en la Ley de Enjuiciamiento Civil se regulan separadamente el cómputo de los plazos, y, por tanto, y entre otros extremos, la prórroga de los mismos (artículo 133), y la presentación de escritos, a efectos del requisito de tiempo de los actos procesales (artículo 135). Por tanto, si bien la forma de presentación prevista en el indicado artículo 135.1 supone que materialmente el escrito de que se trate se presenta el día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en virtud, como se ha dicho, de la ficción legal presente en dicho precepto, formalmente el escrito hay que entenderlo presentado el día del vencimiento del plazo, sin que, por ello, pueda entenderse que en el repetido artículo 135.1 se regule una prórroga del plazo inicialmente concedido.

b) Debe darse traslado para contestar a la demanda a la Corporación Local que no se hubiese personado en las actuaciones

Según la **STS de 2 de marzo de 2004,** Ar. 3281, debe darse a las Corporaciones Locales el traslado para la demanda que establece el artículo 68.5 LJCA, y a ello en nada obsta el que la citada Corporación no se hubiese personado o comparecido en las actuaciones, pues el precepto citado ordena el traslado para contestación a la demanda si no hubiere

comparecido la Entidad Local o Corporación demandada, sin ninguna otra precisión o distingo. Sin olvidar que la LJCA de 1998 aclara definitivamente la cuestión y abona la tesis antes expuesta al referir en su artículo 54.4 que si la Administración demandada fuere una entidad local y no se hubiese personado en el proceso, pese a haber sido emplazada, se le dará no obstante el traslado de la demanda.

c) Prueba

a') La confesión de la Administración se realiza con pliego de preguntas a responder mediante informe

La **STS de 31 de mayo de 2004,** Ar. 3672, nos recuerda la jurisprudencia que establece que el derecho a utilizar la prueba necesaria para hacer valer el derecho que se aduce y esgrime jurisdiccionalmente es una garantía procesal básica e, incluso, un derecho fundamental constitucionalizado. Si bien el análisis del alcance de tal derecho exige tener en cuenta que la prueba de confesión judicial cuando se trataba de la Administración estaba sujeta a la particularidad que resultaba del artículo 595 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (también lo está el interrogatorio de las partes cuando lo sea el Estado, la Comunidad Autónoma o una Entidad local a la que deriva del artículo 315 de la Ley procesal de 2000). Y, según tal singularidad, no podían pedirse posiciones al representante de la Administración, sino que la parte contraria había de proponer por escrito las preguntas que serían contestadas "por vía de informe por los empleados de la Administración a quienes conciernan los hechos". Esta forma de practicar la referida prueba no sólo no vulnera ninguna norma o garantía procesal ni tampoco el artículo 24 de la Constitución, sino que constituye la realización de la específica previsión legal que atiende a la peculiaridad que representa la actuación como parte de la Administración pública en un proceso judicial.

b') La prueba de presunciones no es obligatoria apreciación

De conformidad con los criterios generales acuñados por la jurisprudencia, la **STS de 18 de febrero de 2004,** Ar. 3273, señala que el artículo 1253 del CC, como ahora el artículo 386.1 LEC de 2000, autorizaba al juzgador de instancia a acudir a la prueba de presunciones, pero no le obligaba a ello para fundar el fallo, por lo que, si acude a ella, no infringía el precepto, pero tampoco le infringía por su no aplicación, a menos que esta prueba hubiere sido propuesta por las partes y discutida en el pleito.

Para la válida utilización de la prueba de presunciones es necesario que concurran los siguientes requisitos: a) Que aparezcan acreditados los hechos constitutivos del indicio o hecho base; b) Que exista una relación lógica precisa entre tales hechos y la consecuencia extraída, y c) Que esté presente, el razonamiento deductivo que lleva al resultado de considerar probado o no el presupuesto fáctico contemplado en la norma para la aplicación de su consecuencia jurídica –como, por cierto, exige ahora de manera expresa el reiterado artículo 386.1 LEC de 2000, párrafo segundo, al señalar que "en la sentencia en la que se aplique el párrafo anterior (las presunciones judiciales) deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción"–. O, en otros términos, como

señalan tanto la jurisprudencia como la doctrina del Tribunal Constitucional, en la prueba de presunciones hay un elemento o dato objetivo, que es el constituido por el hecho base que ha de estar suficientemente acreditado. De él parte la inferencia, la operación lógica que lleva al hecho consecuencia, que será tanto más rectamente entendida cuanto más coherente y razonable aparezca el camino de la inferencia. Se habla, en este sentido, de rechazo de la incoherencia, de la irrazonabilidad y de la arbitrariedad como límite a la admisibilidad de la presunción como prueba.

c') El derecho a utilizar la prueba necesaria no supone una facultad ilimitada de las partes

La **STS de 1 de marzo de 2004,** Ar. 3277, reitera la jurisprudencia que establece que el derecho a utilizar la prueba necesaria para hacer valer el derecho que se aduce y esgrime jurisdiccionalmente es una garantía procesal básica e, incluso, un derecho fundamental constitucionalizado (artículo 24.2 CE), si bien este derecho no supone una facultad ilimitada de la parte a utilizar cualesquiera medios de prueba, sino a practicar aquellas pruebas que sean pertinentes (artículo 24.2 CE); esto es, las que, teniendo relación con el objeto del litigio, están además dotadas de alguna virtualidad, al menos teórica, para incidir en el sentido del fallo; y al juzgador de instancia corresponde, en principio, efectuar el juicio sobre la pertinencia que ha de ser explícito.

Así pues, se reconoce a dicho órgano jurisdiccional la potestad de pronunciarse y decidir sobre la pertinencia de los medios de prueba propuestos. Si bien este juicio de pertinencia tiene un doble condicionamiento: conceptual o material uno, puesto que deben considerarse pertinentes aquellas pruebas que se relacionan con los hechos objeto del proceso y que, por su aptitud para obtener la convicción del Tribunal sobre aquéllos, tienen virtualidad para incidir en el sentido de la decisión judicial sobre la pretensión formulada; formal otro, puesto que la denegación del recibimiento a prueba o de los concretos medios de prueba propuestos ha de ser explícitamente razonada y basada en el incumplimiento de los requisitos procesales, en la falta de pertinencia de la prueba o del medio de prueba que se rechaza o en su irrelevancia.

F) Medidas cautelares

a) Ante el enfrentamiento de dos intereses públicos urbanísticos debe valorarse cuál es el prevalente

En el imprescindible juicio de ponderación, que se debe hacer para acordar medidas cautelares, entre ellas la suspensión de la ejecutividad de los Planes urbanísticos, no se pueden comparar intereses generales con intereses particulares cuando no son éstos los invocados, sino que se ha de tener en cuenta el interés público prevalente, en el caso resuelto por la **STS de 25 de mayo de 2004,** Ar. 4925, el de proteger un barrio que en el ordenamiento jurídico valenciano goza de una especial consideración por su valor histórico y cultural, frente al que no puede prevalecer el interés en ejecutar

inmediatamente un Plan Especial de Reforma Interior de dicho barrio, que está en tela de juicio, porque, si se declarase este Plan Especial contrario a derecho, aquellos valores pudieran resultar seriamente afectados con las demoliciones realizadas. A juicio del Alto Tribunal, a todas luces aparece como prevalente la protección dispensada al barrio por el propio ordenamiento jurídico, ya que la conformidad a derecho del planeamiento urbanístico, que altera la estructura de ese conjunto histórico, está cuestionada y deberá decidirse al término del proceso, cuya solución definitiva podría ser contraria a su legalidad.

Al así decidir, tampoco ha conculcado dicha Sala lo establecido en el apartado segundo del mismo artículo 130, que permite denegar la medida cautelar cuando, a pesar de perder su finalidad legítima el recurso, pudieran seguirse graves perturbaciones para los intereses generales, lo que en este caso no sólo no sucede sino que, de no accederse a la suspensión pedida, la protección especial del conjunto histórico resultaría ficticia, formularia o irreal, razones que abundan en la desestimación del motivo de casación invocado por la Administración recurrente.

b) La suspensión se asienta en el *periculum in mora*

La vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo de la LJCA se integra por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general, según la **STS de 2 de marzo de 2004,** Ar. 3481, por las siguientes notas:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LJ), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de éstas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 LJ).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

4ª. Desde una perspectiva procedimental la nueva ley apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el artículo

130.2 *in fine*, al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero.

5ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de *numerus apertus*, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

6ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (artículo 129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley" (artículo 132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (artículo 132.1 y 2).

7ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (artículo 133.1); añadiéndose además que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (artículo 133.3).

Abundando en lo anterior, la resolución comentada destaca la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado *periculum in mora* como fundamento de las innominadas medidas cautelares.

c) El planeamiento urbanístico representa un interés público prevalente

Para la **STS de 2 de marzo de 2004,** Ar. 3481, han de considerarse preferentes los intereses representados por el instrumento de planeamiento aprobado e impugnado: el Proyecto de Reparcelación.

La resolución comentada recuerda una línea jurisprudencial que mantiene y declara el prevalente interés para la comunidad de los instrumentos de planeamiento municipal, en comparación con el de los particulares afectados por la materialización del proyecto citado; se trata de una constante línea jurisprudencial acerca de la improcedencia de la suspensión de los instrumentos normativos de planeamiento cuando son recurridos, improcedencia que se deriva de la prevalencia del interés público en su ejecución, dado el carácter de generalidad de sus determinaciones y la amplitud de sus efectos, frente a los posibles perjuicios que se puedan irrogar, cuya reparación sería posible corregir mediante su traducción en cifras monetarias, por cuanto que la suspensión de la ejecución de un Plan de Ordenación incide en una disposición de carácter general en que el interés público está más acentuado que si de un acto singular se tratase, y que ello condiciona en grado sumo la suspensión, supeditándola a la producción de unos daños o perjuicios, no

sólo imposibles o difíciles de reparar, sino de una entidad superior o, al menos, igual a los que a la Comunidad acarrearían las dilaciones en ejecutar.

En el mismo sentido tiene señalando el Tribunal Supremo que "este Tribunal viene mostrándose renuente a decretar suspensiones de actos administrativos que, al consistir en la aprobación de Planes Urbanísticos, vienen a representar la aprobación de una disposición de carácter general, de acuerdo con la naturaleza atribuida a los mismos por la doctrina científica y la jurisprudencia". Igualmente se ha señalado que "el Plan, elemento central del derecho urbanístico, expresa el modelo territorial elegido en atención al interés público, y este interés demanda la ejecución con notoria intensidad por lo que sólo excepcionalmente, esto es, cuando se vean afectados intereses de muy elevada consideración, puede accederse a suspensiones como la que ahora se examina". Y también que "en supuestos, como el ahora enjuiciado, de suspensión de instrumentos de ordenación urbanística, esta Sala viene declarando que, en principio, el interés público concretado en la ejecución del planeamiento, debe primar sobre unos daños y perjuicios particulares, perfectamente determinables y resarcibles". Así como que "esta Sala viene declarando con reiteración que los importantes intereses públicos que se satisfacen con la ejecución del planeamiento son un obstáculo, salvo que concurran circunstancias especiales, para acceder a la suspensión de la ejecución de los actos de aprobación de aquél". Por último, que tales instrumentos de planeamiento "son, o deben ser, el resultado de una elaboración meditada, justificada y democrática en cuanto fruto de la amplia participación de cuantos ciudadanos hayan de verse afectados de cualquier forma por su ordenamiento, lo que implica que muy importantes, graves y patentes deben ser las razones que se esgriman para provocar la suspensión de su ejecutividad".

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Objeto: las razones conducentes a la imposición de costas no son impugnables en casación

La **STS de 5 de febrero de 2004,** Ar. 3269, reitera una uniforme jurisprudencia que tiene establecido que la apreciación de las razones conducentes a la imposición o no de las costas originadas por el litigio entraña un juicio valorativo de la exclusiva incumbencia del órgano jurisdiccional de instancia, juicio que al no estar sometido a preceptos específicos o de doctrina legal, salvo en los supuestos de excepción expresamente previstos en la ley, quedan confiados al prudente arbitrio de dicho Tribunal y no es susceptible, por tanto, de ser impugnado en casación.

B) Procedimiento

a) Interposición: los motivos deben expresarse de forma separada y no acumulada

Los artículos 88.1 y 92.1 LJCA exigen, el primero, que el recurso habrá de fundarse en alguno o algunos de los motivos que se enumeran en el propio apartado; y el segundo que el escrito de interposición expresará razonadamente el motivo o motivos en que se ampare, citando las normas o la jurisprudencia que considere infringidas.

Pues bien, la **STS de 27 de mayo de 2004,** Ar. 3799, reitera una ya larga y reiterada jurisprudencia, que se remonta a la interpretación anterior de la Ley Jurisdiccional de 1956, que señala que dicha exigencia legal tiene como fundamento la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, encaminado exclusivamente a depurar la interpretación del derecho aplicado por la Sentencia recurrida, lo que requiere de forma inexcusable que los motivos se expresen de forma separada y no acumulativamente, indicando de manera expresa a qué motivo se acogen, al objeto de que tanto las partes que se opongan al recurso como la Sala juzgadora conozcan de manera inequívoca la naturaleza de la infracción que se imputa a la sentencia impugnada (el motivo al que se acoge de los enunciados en el apartado 1 del artículo 88) y las concretas infracciones procesales o del ordenamiento que se alegan en cada caso.

Tales exigencias no derivan de un formalismo excesivo ni constituyen un obstáculo para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, sino que están concebidas para que se configuren con claridad los términos del debate y para evitar la confusión e indefensión de las demás partes y de la propia Sala que ha de resolver la casación, todo ello en el marco de un recurso extraordinario con un conocimiento limitado a la recta interpretación del derecho. Semejante finalidad requiere una cuidadosa formulación del recurso de casación, de tal forma que la falta de respeto a dichas exigencias conlleva la inadmisión del mismo por su defectuosa interposición.

b) Inadmisión

a') Defectuosa preparación: la justificación de la infracción de normas no autonómicas es insubsanable

El artículo 86.4 LJCA dispone que las sentencias que, siendo susceptibles de casación por aplicación de los apartados precedentes, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora, preceptuando el artículo 89.2 de la expresada Ley, a propósito del escrito de preparación, que en el supuesto previsto en el artículo 86.4 habrá de justificarse que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia.

En definitiva, se precisa hoy para que las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia sean recurribles –todas, con abstracción de la Administración autora de la actuación impugnada– que, además de ser susceptibles de casación por razón de la materia o la cuantía del asunto, concurran los siguientes requisitos: A) que el recurso de casación pretenda fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido; B) que esas normas, que el recurrente reputa infringidas, hubieran sido invocadas oportunamente por éste o consideradas por

la Sala sentenciadora; C) que el recurrente justifique en el escrito de preparación del recurso que la infracción de las mismas ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia. La nueva Ley de esta Jurisdicción, pues, no hace sino ratificar y ampliar una consolidada doctrina jurisprudencial surgida bajo el imperio de la Ley anterior.

El **ATS de 4 de marzo de 2004,** Ar. 3735, puntualiza que 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, y es justamente tal 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 podrán hacerse 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 subsanable al amparo del artículo 138 de la LRJCA–, razón por la que no puede subsanarse en actuaciones posteriores sin desnaturalizar su significado. Del mismo modo, señala que esta interpretación de los artículos 86.4 y 89.2 no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, como ha puesto de relieve la doctrina constitucional (AATC 20/1999 y 3/2000 y más recientemente SSTC 181/2001, de 17 de septiembre, 230/2001, de 26 de noviembre y 89/2002, de 22 de abril) al examinar el alcance que por aquélla se ha dado a los artículos 93.4 y 96.2 de la Ley Jurisdiccional de 1956 (versión de 1992), precedentes de aquéllos, señalando estas dos últimas en lo referente a la insubsanabilidad de tal defecto procesal en trámites posteriores al de preparación, que "tampoco cabe apreciar vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) en la interpretación sostenida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo acerca de la no subsanabilidad del defecto de incumplimiento de la carga prevista en el artículo 96.2 LJCA, por estimar que se trata de un vicio sustancial insubsanable y que el artículo 129 LJCA sólo permite subsanar los defectos formales, no los de carácter material o sustancial".

b') No son recurribles en casación las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia dictadas en materias que son competencia de los Juzgados

En relación con la aplicación del artículo 8.3 LJCA a procedimientos en curso sobre actos anteriores a la entrada en vigor de la referida Ley (de 1998), la **STS de 18 de mayo de 2004,** Ar. 3780, reitera que a las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia, de competencia sobrevenida de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, se les debe aplicar la Disposición Transitoria Primera, apartado 2, último inciso de la Ley 29/1998, lo que significa que el régimen de recursos es el establecido en esa Ley para las sentencias dictadas en segunda instancia, contra las que no cabe recurso de casación, pues éste sólo procede –artículo 86.1– contra las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia recaídas en única instancia.

Es cierto que el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera, que contempla los "procesos pendientes" ante las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, guarda silencio al respecto, pero no lo es menos que el inciso final del apartado 2 de la misma transitoria, es decir, la regla que equipara el régimen de impugnación de las sentencias de las expresadas Salas a las dictadas en segunda instancia, cuando se trata de procesos que, conforme a la Ley 29/1998, se hayan atribuido a los Juzgados, está redactada en plural, "en estos casos" –dice–, expresión que permite entender comprende tanto los casos del apartado 2 como los del apartado 1, en el que se encuentra contemplada la sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso que nos ocupa.

La interpretación contraria vaciaría prácticamente de contenido el apartado 2 de la Disposición Transitoria Primera –téngase en cuenta que la puesta en funcionamiento de los Juzgados tuvo lugar al día siguiente de la entrada en vigor de la Ley 29/1998– y además es difícilmente conciliable con la "plena aplicación" del nuevo régimen de la casación a las resoluciones dictadas con posterioridad a su entrada en vigor –Disposición Transitoria Tercera–, plena aplicación que comporta que sólo puedan ser susceptibles de casación las sentencias que hubieran podido ser dictadas en única instancia con arreglo a la vigente Ley de esta Jurisdicción.

A partir de la fecha de la entrada en vigor de la nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, la impugnación de las resoluciones emanadas de los distintos Tribunales se acomoda al nuevo sistema de recursos. Esta excepción al principio de irretroactividad –con arreglo al cual la limitación de los recursos no afectaría a los procesos contencioso-administrativos ya en trámite–, rige con la Ley 29/1998 lo mismo que con la Ley 10/1992, y se aplica el nuevo régimen de recursos a las resoluciones judiciales de fecha posterior a su entrada en vigor y a las de fecha anterior no firmes todavía. Así, resoluciones judiciales dictadas en un proceso iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley y que hubieran sido recurribles pueden dejar de serlo.

Esta conclusión jurídica no lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los recursos, toda vez que a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley procesal de 13 de julio de 1998 la impugnación de las resoluciones emanadas de los distintos Tribunales se acomoda al nuevo sistema de recursos, sin que la restricción en la recurribilidad de determinadas resoluciones que ello pueda comportar sea incompatible con el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1, al venir establecida por Ley. Téngase presente, además, que es doctrina reiterada que no se quebranta el derecho a la tutela judicial efectiva porque un recurso contencioso-administrativo quede resuelto definitivamente en única instancia, máxime cuando la sentencia ha sido dictada por el órgano jurisdiccional que, con arreglo a la Ley 29/1998, es el Tribunal de apelación.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

Notas bibliográficas
(Libros y Revistas)

I. GARCÍA VITORIA

Prohibiciones ambientales y libertad de empresa

[Lex Nova, Valladolid, 2004, 324 páginas]

MARÍA DÍAZ CREGO

Este reciente trabajo plantea, desde una perspectiva estrictamente jurídica, uno de los más acuciantes problemas de nuestro tiempo: el deterioro progresivo del medioambiente está modificando no sólo el actuar de millones de ciudadanos, sino también los ordenamientos jurídicos sobre los que se asientan nuestras sociedades. Impulsados por la difícil situación de nuestro entorno, el Derecho nacional, el Derecho internacional y los órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales ensayan nuevas fórmulas con las que proteger la débil salud de nuestro planeta.

Esta obra analiza cómo la protección del medioambiente, aunque imprescindible, debe enmarcarse en el sistema de derechos fundamentales plasmado en la Constitución Española. Destaca la necesidad de ponderar la libertad de empresa y el interés público en proteger el medioambiente e intenta construir rigurosamente el contenido del derecho fundamental recogido en el art. 38 CE a partir del estudio de los límites impuestos a la libertad de empresa por la legislación medioambiental.

El autor, tras definir el contenido del derecho a la libertad de empresa, expone una tipología de los límites a la misma derivados de la preservación del medio ambiente. De entre ellos, el autor centra su estudio en las llamadas prohibiciones absolutas, esto es, los límites a la libertad de empresa de origen normativo, de carácter prohibitivo y que excluyen toda posible autorización administrativa para la realización de la actividad considerada perjudicial para el medio ambiente. Partiendo del estudio de este tipo de límites en el marco del Derecho comunitario, y de nuestro Derecho interno –jurisprudencia nacional y comunitaria incluida– el autor propone aplicar a la libertad de empresa la teoría general de los derechos fundamentales con el objetivo de identificar si efectivamente se está realizando una interpretación constitucionalmente adecuada del derecho fundamental recogido en el art. 38 CE, esto es, si las intervenciones públicas en la libertad de empresa están respetando las garantías establecidas por nuestra Constitución –reserva de ley, razonabilidad y proporcionalidad de la medida limitativa del derecho, y respeto del contenido esencial del derecho fundamental reconocido– para limitar los derechos fundamentales reconocidos en la misma.

La obra se presenta así como un trabajo sugerente e innovador en el que el autor plantea una serie de problemas relacionados con un derecho fundamental escasamente estudiado por la doctrina española.

VVAA

La nueva legislación portuaria (Comentarios a la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general)

[Atelier, Barcelona, 2004, 365 páginas]

B. SETUÁIN MENDÍA

En la línea –tan habitual en los últimos tiempos– de tratamientos monográficos de textos normativos relevantes, debe darse cuenta, en esta ocasión, de la aparición en el mercado editorial de una obra que

tiene como objeto el comentario sistemático de la relativamente reciente Ley de puertos de interés general.

De esta manera, el nuevo sistema de prestación de servicios en estos puertos; el régimen del dominio público portuario en la nueva Ley –con especial énfasis en la diferencia existente entre el mismo y el demanio marítimo-terrestre, así como en su régimen de utilización–; el régimen de planificación, presupuestario, tributario, patrimonial, de funcionamiento y de control; la incidencia de la nueva norma sobre los procedimientos de gestión portuaria –a nivel organizativo, y en relación con expedientes concretos como el sancionador o el de contratación–; la nueva regulación de las tasas portuarias –del buque, de pasaje, de mercancía, de pesca, por aprovechamiento del dominio público, etc.–; y la inserción sistemática del nuevo texto en el ordenamiento administrativo español –con posibles interferencias con otros bloques legislativos como el patrimonial, el presupuestario, el de defensa de la competencia, el procesal, el catastral, o con la misma LOFAGE– son objeto de tratamiento singularizado en esta monografía que se reseña, correspondiendo el comentario de cada uno de estos aspectos a diversos y reputados especialistas en la materia.

I. GARCÍA VITORIA

Prohibiciones ambientales y libertad de empresa

[Lex Nova, Valladolid, 2004, 324 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

Es sabido que ni las libertades ni los derechos constitucionalmente protegidos tienen un alcance ilimitado. El alcance de cada uno de los derechos y libertades garantizados por la Constitución puede resultar limitado por exigencias derivadas de la efectividad de otros derechos o bienes constitucionales.

La libertad de empresa no es una excepción a lo dicho. Esta monografía aborda los límites de la libertad de empresa que derivan del derecho a un medio ambiente adecuado, derecho que además asume la condición de principio rector de la política económica y social (Capítulo III del Título I de la Constitución).

Tras una previa delimitación del contenido de la libertad de empresa, el autor estudia los límites que ésta debe soportar en beneficio de la protección del medio ambiente. Muchos de estos límites de la libertad de empresa han ido concretándose por aplicación de la legislación ambiental de la Unión Europea, por lo que el autor presta especial atención a la incidencia de este ordenamiento sobre la libertad en cuestión.

Por razón de su evidente interés, I. GARCÍA VITORIA analiza muy detalladamente las prohibiciones absolutas del ejercicio de la libertad de empresa que en ocasiones comporta la tutela ambiental. Puesto que el autor pone de relieve la considerable entidad de las restricciones que en tal caso experimenta la libertad de empresa, se ocupa también de estudiar en profundidad el régimen de las garantías constitucionales determinantes para la adecuada ponderación de esta libertad con las exigencias de la tutela ambiental.

M. IZQUIERDO CARRASCO

La seguridad privada: régimen jurídico-administrativo

[Lex Nova, Valladolid, 2004, 340 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

La continua proliferación de la prestación de servicios de seguridad privada plantea numerosas cuestiones de orden jurídico, tanto desde el punto de vista teórico como práctico. Muchos de estos problemas no sólo no son resueltos por la legislación aplicable, sino que derivan de significativas carencias de técnica normativa.

La monografía de M. IZQUIERDO CARRASCO analiza en profundidad el régimen jurídico de la seguridad privada. Por un lado, el autor expone detalladamente las particularidades de los distintos servicios que contempla la Ley de Seguridad Privada.

Por otro lado, la monografía comentada lleva a cabo un completo estudio de las potestades administrativas en el ámbito de la seguridad privada. Al respecto, el autor estudia la reglamentación administrativa relativa a los requisitos que deben cumplir las empresas de seguridad privada. Parte esencial del trabajo de M. IZQUIERDO es también la dedicada a otros aspectos capitales del régimen jurídico-administrativo de la seguridad privada, como son los relativos a los controles administrativos del ejercicio de esta actividad y el régimen sancionador propio de las empresas de seguridad privada y del personal a su servicio.

N O T A S

N O T A S