



Justicia
Justicia

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

Administrativa
Administrativa

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

editorial

LEX NOVA

REVISTA

Justicia Administrativa

CONSEJO ASESOR

Iñaki Agirreazkuenaga Zigorruga 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 2004

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

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

Sumario:

DOCTRINA:

- [5] ¿Reforma de Constitución y de Estatutos de Autonomía? Aportaciones a un debate de actualidad

ANTONIO EMBID IRUJO

- [51] El nuevo artículo 116 de la Constitución Italiana: primeras reflexiones

MÓNICA DE ANGELIS

- [19] Cuestiones problemáticas en torno a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: evolución legislativa y nuevos escenarios de conflicto

CARLOS ROMERO REY

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [65] I. DERECHO COMUNITARIO

L. ORTEGA ÁLVAREZ

- [83] II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS

J. GARCÍA ROCA

- [95] III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

J. GARCÍA ROCA

- [107] IV. FUENTES DEL DERECHO

A. MENÉNDEZ REXACH

- [129] V. ACTOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

A. MENÉNDEZ REXACH

- [145] VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

M. SÁNCHEZ MORÓN

- [151] VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

M. REBOLLO PUIG

- [173] VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

F. LÓPEZ MENUDO

- [187] IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

F. LÓPEZ MENUDO

- [199] X. FUNCIÓN PÚBLICA

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

- [213] XI. URBANISMO

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

- [223] XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL

A. EMBID IRUJO

- [241] XIII. MEDIO AMBIENTE

A. EMBID IRUJO

- [257] XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

J. TORNOS MAS

- [271] XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD

I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

- [281] XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

G. FERNÁNDEZ FARRERES

[295] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

¿Reforma de Constitución y de Estatutos de Autonomía? Aportaciones a un debate de actualidad^(*)

ANTONIO EMBID IRUJO

Catedrático de
Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

Sumario:

I. Introducción general. La oportunidad del tema de discusión. II. Las reformas de los Estatutos de Autonomía, en concreto las reformas del Estatuto de Autonomía de Aragón: dos reformas expresas y otras dos implícitas además de una mutación estatutaria. Una conclusión provisional acerca de la dinámica del Estatuto de Autonomía. III. Y ahora, ¿qué hacer? Análisis sobre las características del actual momento del estado de las Autonomías. IV. Los planos en los que podría desenvolverse la reforma estatutaria. Otros problemas autonómicos distintos del competencial: el contenido de la legislación básica estatal, la participación en la formación de las decisiones europeas y los problemas de cooperación entre Estado y Comunidades Autónomas y las Comunidades Autónomas entre sí. Conclusión: la reforma constitucional parece necesaria en lo que hace referencia al papel y composición del Senado; la reforma estatutaria, sin embargo, debería posponerse a la constitucional. La urgencia de conseguir un gran pacto constitucional sobre las cuestiones indicadas.

(*) Este texto constituye la versión escrita de la Conferencia que pronuncié en el marco de la Universidad de Verano de Jaca en un taller celebrado en la segunda semana de septiembre de 2003 y dirigido por el autor. Su origen explica la limitación de las citas bibliográficas y el estilo general en el que, directamente, se tratan los problemas planteados así como la forma de exposición de la postura que mantiene el autor frente a ellos. Aun cuando una buena parte de las referencias se hacen a preceptos del Estatuto de Autonomía de Aragón, en realidad los problemas planteados –reforma de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía– no tienen los límites territoriales, obviamente, de esa Comunidad Autónoma por lo que se ha pensado conveniente su publicación en una revista profesional de difusión nacional para contribuir a la formación de opinión en torno a un gran y necesario debate.

I. INTRODUCCIÓN GENERAL. LA OPORTUNIDAD DEL TEMA DE DISCUSIÓN

Es bien sabido que desde hace unos años se desarrolla con intensidad en España una discusión tanto académica como política sobre la evolución del Estado de las Autonomías y, en ese contexto, sobre la posibilidad de reformar la Constitución y los Estatutos de Autonomía. Al texto fundamental se le reprocha, ante todo, un diseño del Senado que no se corresponde con las premisas básicas del Estado de las Autonomías, dado que la segunda cámara no guarda práctica relación en su composición con las Comunidades Autónomas y, desde luego, su funcionalidad no está orientada en la línea de las preocupaciones propias de las Comunidades Autónomas ni facilita la relación de cooperación entre ellas y con el Estado. No hay duda, además, de que esa segunda cámara no se corresponde con la composición y funcionalidad de otras segundas cámaras en países de corte federal semejante al nuestro (República Federal Alemana, Estados Unidos de América) sin entrar en disquisiciones más que inútiles, acerca de tipos de Estado, denominaciones y naturalezas jurídicas.

El debate sobre la reforma de los Estatutos de Autonomía surge en tiempos mucho más recientes, cuando se agotan los efectos de la segunda reforma de los Estatutos correspondientes a las Comunidades Autónomas de autonomía inicial restringida desarrollada entre los años 1996-2000¹, y se formula en el marco de concretas ofertas electorales como las elecciones catalanas de noviembre de 2003 o las andaluzas del próximo –próximo en las fechas en que se escriben estas páginas– año 2004. Por supuesto, serán tema de consideración y debate en la campaña que conduzca a las elecciones generales del próximo marzo de 2004. En otro orden de cosas, parece evidente que el llamado Plan Ibarretxe tiene premisas distintas que las de una mera reforma estatutaria, por lo que no ha sido objeto de directa observación por el autor de estas líneas y, desde luego, las reflexiones o conclusiones que puedan irse deduciendo del trabajo, no guardan ninguna relación con el mismo, al margen de que pueda citársele en alguna ocasión.

La actualidad del tema de la configuración estatutaria y de sus posibilidades de desarrollo me ha movido a incluir en un Taller originariamente concebido para presentar y valorar un libro sobre los orígenes del Estatuto de Autonomía de 1982², una perspectiva también de evolución de los Estatutos de Autonomía. La Historia y el futuro se mezclan, pues, en el curso de verano en el que se incardina esta conferencia y ella misma está imaginada para, desde las enseñanzas del transcurrir del Estado de las Autonomías vivido con

(1) La primera reforma es la que se realiza en 1994, afecta –como se dice en el texto– a los EEAA de las CCAA de autonomía inicial lenta –como Aragón– y se mueve exclusivamente en los aspectos competenciales. La segunda se inicia en 1996, con la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre), afecta también solamente a las CCAA de autonomía inicial lenta pero tiene ya virtualidades más amplias, pues además de referirse al marco competencial, contiene también sustanciales líneas de apertura de campos en el plano institucional.

(2) Cfr. Memoria del Estatuto. Crónica política de la elaboración y primeros pasos del Estatuto de Autonomía de Aragón, Asociación de exparlamentarios de las Cortes de Aragón, Zaragoza, 2002.

intensidad por su autor en ciertos momentos³, adivinar cuáles deberán o deberían ser las próximas líneas de desarrollo de los EEAA lo que equivale, obviamente, a referirnos a los vectores de evolución del mismo Estado.

II. LAS REFORMAS DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA, EN CONCRETO LAS REFORMAS DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ARAGÓN: DOS REFORMAS EXPRESAS Y OTRAS DOS IMPLÍCITAS ADEMÁS DE UNA MUTACIÓN ESTATUTARIA. UNA CONCLUSIÓN PROVISIONAL ACERCA DE LA DINÁMICA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA

Parece de Perogrullo constatar que el Estatuto de Autonomía de Aragón —como la mayoría de los EEAA correspondientes a las CCAA de la llamada autonomía inicial lenta— ya se ha reformado en dos ocasiones. El texto original aprobado por la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto⁴, fue reformado en primer lugar por la Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo, en una extensión que abarcó sólo el plano de lo competencial y cuyo resultado más notable fue la adquisición por la Comunidad Autónoma de Aragón (y por el resto de CCAA de autonomía inicial lenta que reforman sus EEAA también en aquellas fechas) de la competencia en materia de enseñanza. Posteriormente se volvería a reformar por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, que tiene una funcionalidad tanto competencial —llega a la Comunidad Autónoma la competencia en materia de salud— como institucional, pues desaparecen la mayor parte de las limitaciones que en este plano arrancaban originalmente de los Pactos de la Moncloa de 31 de julio de 1981 que se incorporaron en forma de precepto al Estatuto de Autonomía de 1982⁵. Es conveniente recordar que la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón de 1996 tiene el simbolismo añadido de ser la primera de todas las reformas de los EEAA que seguirán en los años venideros formalmente

EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ARAGÓN HA SIDO REFORMADO EN DOS OCASIONES: PARA ADQUIRIR LA COMPETENCIA EN MATERIA DE ENSEÑANZA Y EN MATERIA DE SALUD

(3) Pues fue Presidente de las Cortes de Aragón en su primera Legislatura (1983-1987).

(4) Los acontecimientos anteriores a la aparición de esta Ley Orgánica del verano de 1982 y los primeros pasos del Gobierno y de las Cortes de Aragón con posterioridad, forman el motivo y núcleo del libro *Memoria del Estatuto*.

(5) Mejor que citar a la variada bibliografía existente sobre el tema de la reforma estatutaria, prefiero referirme en bloque al libro *Aragón. Veinte años de Estatuto de Autonomía 1982-2002*, (coord. por J.A. ARMILLAS VICENTE), Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2002, donde en los diversos trabajos recogidos de, E. BERNAD ROYO, J. DELGADO ECHEVERRÍA, A. EMBID IRUJO, H. GÓMEZ DE LAS ROCES y J.M. SERRANO SANZ, existen distintas referencias, al margen de las que ya sustantivamente son en sí mismas los trabajos de los citados autores.

los pasos dados por Aragón, produciendo copias exactas no sólo de los textos introducidos en el Estatuto aragonés sino de la misma técnica de legislar con la configuración resultante de los respectivos EEAA, muy parecida a la del aragonés.

Las dos reformas indicadas se han desarrollado en un plano de completa normalidad tanto institucional como política. Ello es fácilmente comprensible porque, por un lado, son aplicaciones de la previsión de reforma de los EEAA de las CCAA de autonomía inicial limitada a que se refiere el art. 148.2 CE que recoge solamente la “condición” de que deban haber transcurrido cinco años de vigencia de los EEAA para que se pueda proceder a la reforma estatutaria⁶. Y, en otro orden de cosas, la normalidad que refiero se fundamenta en que proceden estas reformas de un amplísimo acuerdo político de la misma índole que los Acuerdos de la Moncloa de 1981 ya citados que posibilitaron el recorrido final de los EEAA de muchas CCAA, entre ellas Aragón.

Igualmente la reforma de 1994, que es la más compleja en su planteamiento y desarrollo, tiene su quicio en los Pactos autonómicos de febrero de 1992 suscritos entre el PSOE —entonces en el Gobierno— y del PP, en aquel momento primer partido de la oposición⁷. Esos Pactos tuvieron su primer reflejo en la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencias a las CCAA, pues el método elegido para ampliar las competencias pasaba por la aplicación de esta técnica prevista en el art. 150.2 CE y, posteriormente, por la reforma de los EEAA⁸.

Pero si éstas son las dos reformas expresas del Estatuto de Autonomía de Aragón —y las que han tenido también los EEAA de las CCAA de autonomía inicial restringida— que han

(6) Como ya he referido en otras ocasiones, creo que el transcurso con exceso de este plazo en relación al Acuerdo de febrero de 1992, se fundamenta, entre otras causas, en el proceso de reforma de la enseñanza en España que se inicia en 1988 con la publicación del Libro Blanco de la Enseñanza y que culminará con la aprobación de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo. Dado que competencialmente la principal aficción al sistema iba a ser la transferencia de la competencia en materia de enseñanza a las CCAA, se entiende con bastante facilidad que eso no pudiera operar en el marco de una reflexión sobre el hecho educativo y una reforma tan profunda como la que significó la LOGSE de 1990. Cfr. sobre todo ello A. EMBID IRUJO, *La enseñanza en España en el umbral del siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2000, págs. 32 y ss. especialmente.

(7) Entender en este marco de reforma estatutaria el documento de “cierre” de las transferencias que en 1986 el Vicepresidente del Gobierno de la época firmó con distintas CCAA —también con Aragón— resulta incomprensible.

(8) Apunté que éste debería ser el método de afrontar la primera reforma de los EEAA de las CCAA de autonomía inicial reducida en mi trabajo “Notas acerca del procedimiento de ampliación de competencias: ¿reforma de los Estatutos o Leyes Orgánicas de transferencia o delegación?”, en las págs. 441 y ss. del libro *Diez años de régimen constitucional* (ed. E. Álvarez Conde), Tecnos, Madrid, 1989. La rapidez con que en un poco más de un año se pasa de la LO de transferencia de competencias al Estatuto de Autonomía (de diciembre de 1992 a marzo de 1994) se fundamenta, sin duda, en el resultado electoral de junio de 1993 y en la colaboración pactada de la minoría catalana con el Gobierno socialista, ahora en situación de minoría mayoritaria. No cabe duda de que tanto en 1993 como en 1996, cambiando el protagonista del pacto por el Gobierno minoritario del PP, la colaboración de la minoría catalana tiene como resultado una aceleración y profundización en la descentralización del Estado, singularmente en el ámbito de la autonomía económica y financiera de las CCAA. Desde el punto de vista jurídico y sobre el proceso de 1992 resulta muy interesante S. MUÑOZ MACHADO, “Los pactos autonómicos de 1992. La ampliación de competencias y la reforma de los estatutos”, *RAP* 128, 1992, págs. 83 y ss.

tenido lugar hasta el momento, hay que reconocer que el Estatuto también se ha reformado implícitamente en otras dos ocasiones. No se ha reparado mucho en ello, pero la Disposición Adicional Segunda del Estatuto de Autonomía de Aragón (y con texto semejante aunque con numeración distinta, lo mismo sucede en otros EEAA), tras enumerar en su apartado primero los tributos que el Estado cede a la Comunidad Autónoma, indica en su apartado segundo que: “El contenido de esta disposición se podrá modificar mediante acuerdo del Gobierno con la Comunidad Autónoma que será tramitado por aquél como proyecto de ley. A estos efectos, la modificación de la presente disposición no se considerará modificación del Estatuto”⁹.

Como muestra de la aplicación de este texto¹⁰ podemos citar la Ley 25/1997, de 4 de agosto, de modificación del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión, que en su artículo 1 da nueva redacción al apartado primero de la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica aprobadora del Estatuto de Autonomía, y que es consecuencia directa del modelo de financiación para las Comunidades Autónomas correspondiente al quinquenio 1997-2001 que fue objeto de reflejo en la legislación estatal, por la Ley Orgánica 3/1996, de 27 de diciembre, de modificación parcial de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas. Más recientemente vuelve a modificar el apartado primero de la Disposición Adicional Segunda del Estatuto, la Ley 25/2002, de 1 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión. También aquí nos encontramos ante el reflejo para Aragón del nuevo sistema de financiación autonómica que supone el Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 27 de julio de 2001 y que ha conducido, en el plano de la legislación estatal, a la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía¹¹.

Dos reformas implícitas, pero reales, del Estatuto de Autonomía, porque afectan a su contenido material fijado originalmente en 1982. Lo que quiere decir el apartado segundo

(9) Este texto se encuentra en todos los EEAA de régimen común en su financiación. Y, de esa misma forma, son comunes a todas estas CCAA –cambiando las correspondientes referencias temporales– las leyes de cesión de tributos que luego se citan.

(10) La primera Ley de cesión de tributos a la Comunidad Autónoma de Aragón es la Ley 38/1983, de 28 de diciembre, pero ella no supone modificación de la Disposición Adicional Segunda del Estatuto de Autonomía de Aragón.

(11) Parece evidente la importancia en todo el tema que tratamos de los aspectos financieros. Éstos, a su vez, están en conexión muy directa con la financiación de una competencia específica, como es la de la salud, que pasa a las CCAA a partir de las reformas estatutarias que se inician en 1996 y que se hacen efectivas con fecha 1 de enero de 2002. Sobre todo ello me remito, en general, al trabajo de J. RUIZ-HUERTA CARBONELL y J. LÓPEZ LABORDA, “Las Haciendas autonómicas en 1997: reforma de la financiación de la sanidad y del concierto económico con el País Vasco”, en las págs. 631 y ss. de *Informe Comunidades Autónomas 1997*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1998. También J. PEMÁN GAVÍN, “La culminación del proceso de descentralización de la sanidad española. El sistema nacional de Salud tras el cierre de las transferencias y la aplicación del nuevo sistema de financiación”, en las págs. 651 y ss. de *Informe Comunidades Autónomas 2001*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2002. Ambos trabajos, obviamente, como magníficos testigos, solamente, de lo que se dice en el texto y con amplia bibliografía a la que también me remito.

de la Disposición Adicional Segunda que antes he transcrito, es que no deberá aplicarse el complejo procedimiento de reforma estatutaria previsto en el propio Estatuto de Autonomía (artículo 61) para estos supuestos relativos a la cesión de tributos, lo que permite que por la mera acción legislatora del Estado se modifique el ámbito de la cesión de tributos bien que precedida tal reforma, por el acuerdo en el Consejo de Política Fiscal y Financiera y por la correspondiente aprobación por las Cortes Generales del marco global del nuevo sistema de financiación autonómica en el que estas Leyes de cesión a Aragón (y a otras CCAA) deben entenderse. La previsión debe señalarse positivamente, pues da una flexibilidad en una materia teórica y previsiblemente cambiante, como es la cesión de tributos, que es encomiable. Quizá el juicio pudiera variar en un momento determinado si en ausencia del acuerdo previo con la Comunidad Autónoma, el Estado quisiera, en todo caso, variar el ámbito de la cesión de tributos. No parece previsible, sin embargo, un empeño en tal dirección que sería contrario a la lógica de funcionamiento del estado de las Autonomías.

Pero es que, además y finalmente, ha existido una evidente “mutación” del Estatuto de Autonomía aragonés —como del resto de Estatutos de Autonomía y aquí no sólo sucede esto en relación a los EEAA de las CCAA de autonomía inicial restringida sino para todos los EEAA— con ocasión de la entrada de España en las Comunidades Europeas el 1 de enero de 1986. En ese momento, la relación “bilateral” entre el Estado y la Comunidad Autónoma que sirve de fundamento al texto estatutario de 1982, cambia singularmente y se transforma en una relación en algunas de sus partes “trilateral”, pues se incorporan las instituciones comunitarias a la misma. Ello afecta a algunas competencias de forma más clara que a otras (v.g., agricultura), pero todo el conjunto de la vida autonómica se impregna del carácter europeo. La consecución de fondos comunitarios (Feder y, además, Cohesión a partir del comienzo de la década de los noventa) pasa a ser preocupación primordial de las autoridades autonómicas sin que aquí deban darse ejemplos específicos de una problemática más que conocida en sus deseos, en sus éxitos y también, de cuando en cuando, en sus fracasos. Baste con indicar cómo todas las CCAA comienzan a “abrir” sus delegaciones en Bruselas, como lo hará Aragón a partir de 1994. No es atrevido llamar a este hecho mutación estatutaria de la misma forma que se calificó por Santiago MUÑOZ MACHADO en su momento de “mutación constitucional” el resultado del llamado simplificado Tratado de Maastricht de 1992 para las Constituciones de los Estados miembros¹², pues el sentido de muchos de los preceptos del Estatuto, sin variar un ápice su texto, cambia en su comprensión y en su aplicación.

Lo que quiero transmitir con las anteriores informaciones es una situación dinámica, en absoluto estática, del Estatuto de Autonomía de Aragón y, en general, del resto de EEAA, singularmente de los correspondientes a las CCAA de autonomía inicial lenta. En algo más de veinte años de vida autonómica, las transformaciones tanto formales como mate-

(12) Cfr. S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.

riales han sido muy importantes y eso es un hecho objetivo que no puede negarse en el plano del análisis académico, por supuesto, ni, supongo, en el político, se sitúe el analista en el lado que quiera del espectro ideológico. El resultado final es una práctica equiparación del ámbito autonómico de las CCAA de autonomía inicial restringida con el que disfrutaban las de autonomía inicial amplia salvo matices no sustanciales en todo caso. No es casualidad, por tanto, que sean en este momento diversos actores políticos de las CCAA de autonomía inicial amplia (Cataluña, Andalucía y, en un plano distinto, el País Vasco) quienes más se refieran a la reforma estatutaria precisamente por la razón —entre otras de las citables— de que su Estatuto de Autonomía ha estado notablemente más estático que el de las CCAA que, como Aragón, partieron inicialmente con una evidente desventaja competencial y de libertad de organización y de funcionamiento institucional.

En todo caso creo que resalta de lo anterior un hecho bastante claro: los movimientos de reforma estatutaria descritos proceden en todos los casos de acuerdos políticos de muy amplia base. Son la consecuencia de ese acuerdo político, ni más ni menos. En modo alguno la causa o algo que suceda sin el previo pacto. Son la explicitación formal del acuerdo, como es evidente en 1981 y 1992 rubricándose documentos de manera solemne y sin que eso sea necesario a partir de 1996 por el hecho de que el acuerdo de 1992 se prolonga en el tiempo, simplemente.

III. Y AHORA, ¿QUÉ HACER? ANÁLISIS SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS DEL ACTUAL MOMENTO DEL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

Ante la actual polémica sobre el desarrollo del Estado de las Autonomías y las variadas voces levantadas en torno a la posible reforma estatutaria, me parece necesario hacer algún tipo de consideraciones que puedan servir para adoptar una postura sobre una cuestión en nada baladí¹³.

En ese sentido creo que antes que cualquier otra cosa parece necesario hacer un cierto análisis centrado en poner el acento sobre determinadas características del momento actual.

**SE HA PRODUCIDO UNA
PRÁCTICA EQUIPARACIÓN
DEL ÁMBITO AUTONÓMICO
DE LAS COMUNIDADES
AUTÓNOMAS DE AUTONOMÍA
INICIAL RESTRINGIDA, CON
EL DE LAS DE AUTONOMÍA
INICIAL AMPLIA**

(13) Debo hacer aquí una consideración a las circunstancias ambientales en que se concibieron por primera vez estas páginas: es evidente que en la Comunidad Autónoma de Aragón no existen voces significativas que postulen la reforma estatutaria en este momento. Eso es una constatación muy simple de establecer y lo mismo sucede en otras muchas CCAA. En todo caso eso es algo que podría variar en corto espacio de tiempo dados los movimientos emulativos que siempre se han producido en el pasado en estas cuestiones y la presunción más que razonable de que idéntico fenómeno se volvería a dar en el futuro.

a) En primer lugar creo que no debe ser olvidado el momento constituyente que en el plano europeo se está viviendo. En la actualidad se encuentra a debate un nuevo documento llamado a tener la naturaleza jurídica de Tratado y que recibe el tan sugestivo nombre de Constitución europea. Los propósitos son que el mismo pueda ser aprobado pronto —recuérdese el momento en el que se redactan estas páginas, noviembre de 2003— y, en propuestas de algunos, que se someta a referéndum entre los ciudadanos con ocasión de las elecciones europeas que deben celebrarse en junio de 2004¹⁴. La transformación formal de la vida comunitaria va a ser bastante sustanciosa, a lo que debe unirse necesariamente la ampliación del número de Estados miembros de la Comunidad que también va a operar a partir de 2004 y que aun cuando en número de ciudadanos no sea excesiva, sí lo es en cuanto a cuantificación de Estados. Ello, al margen de que el contenido del nuevo Tratado no responde, en sí, a la imagen que de una Constitución se tiene en el plano interno, no deja de ser un elemento relevante y que puede crear una cierta sensación de inestabilidad nada despreciable durante los próximos meses. Y ello, también, sin entrar para nada en este lugar, porque no es el apropiado, en los contenidos materiales de esta reforma y que tan críticamente son juzgados desde la posición gubernamental española en la actualidad. Sólo quería destacar este momento constituyente en el que, en el plano europeo, nos encontramos.

b) En segundo lugar me parece necesario también partir de una constatación sobre el grado de descentralización que ha alcanzado el Estado en nuestro país. Éste es muy notable. Bastante más del 30 por ciento del gasto público es gestionado directamente por las CCAA y ello, como el momento constituyente europeo, es un dato que no hay que olvidar de ninguna forma, porque en el panorama comparado de los Estados regionales, federales o de descentralización política, es perfectamente homologable y aun supera en muchos casos a lo que gestionan las “fracciones o fragmentos” (utilicemos unas palabras neutras) de algunos de los llamados Estados federales. La defensa de una reforma estatutaria, al contrario de lo que ha sucedido en los dos momentos reformadores anteriores (1994, 1996), parte de un suelo competencial, económico y de influencia de las CCAA muy resaltable. En concreto, las competencias que mayor gasto público llevan necesariamente consigo —enseñanza y salud— se encuentran en todos los casos en manos de las CCAA. Cualquier profundización parte, necesariamente, de ese suelo y hay que reconocer objetivamente que éste se encuentra muy alto. Si esa profundización quiere referirse al plano competencial, deberá hilarse muy fino en el señalamiento de aquellas competencias que deban sumarse a las que ya reconocen los EEAA.

c) Debe tenerse en cuenta, también, que se parte de una situación en la que los EEAA son sustancialmente iguales formal y materialmente. Descontadas las evidentes diferencias en el ámbito financiero con las dos CCAA de régimen fiscal especial (Navarra y el País

(14) La reciente Ley Orgánica 17/2003, de 28 de noviembre (BOE de 29 de noviembre), de medidas para la celebración simultánea de las elecciones al Parlamento Europeo y del Referéndum sobre el Proyecto de Constitución europea configura de modo potestativo ese referéndum coincidente con las elecciones de 2004 al Parlamento Europeo.

Vasco), las diferencias institucionales y competenciales en todos los EEAA de autonomía son nimias. Sólo los elementos culturales (lengua propia y sus derivados, sustancialmente) unidos a las competencias sobre una propia policía y la ejecución en el ámbito penitenciario, forman una significativa excepción a lo que indico y dejando al margen también, obviamente, que en algunos casos no se haya procedido completamente al traspaso de las funciones y servicios correspondientes a las competencias que figuran en los EEAA, como sucede en la actualidad con los medios de la Administración de Justicia en el supuesto de varias CCAA, entre ellas Aragón. Esa homogeneidad en los EEAA es el resultado de un precipitado histórico, con distintos ritmos de velocidades, que han confluído a partir de 1996-2000 en algo sustancialmente semejante.

d) Todo lo anterior es pórtico necesario para una consideración adicional y, creo, evidente: No cabe ninguna duda de que un camino de reforma emprendido por una Comunidad Autónoma en solitario, no tardaría en ser seguido por el resto puesto que —al margen de contenidos sustantivos sobre los que raramente se piensa “a priori”— la profundización en la vida autonómica se consideró y se sigue considerando entre nosotros como un valor positivo en sí mismo, y la diferenciación entre posibilidades y competencias de las CCAA, como una discriminación inaguantable que hay que superar imprescindiblemente¹⁵.

e) Si tenemos en cuenta este proceso de emulación que inevitablemente se producirá y seguimos extrayendo conclusiones del pasado, parece entonces evidente que un proceso de reforma estatutaria debe emprenderse desde una perspectiva de Estado, de afecciones al Estado en su conjunto y, por consiguiente, de pacto global sobre la estructura del Estado. Ello quiere decir que la operación de reforma estatutaria en el momento actual, aun emprendida por una única Comunidad Autónoma precisa de un diseño previo del Estado que debe enmarcarse en un pacto expreso o implícito entre las principales fuerzas políticas (entre todas con alguna significación, en realidad) porque el movimiento reflejo que se producirá es absolutamente predecible y ése tiene una trascendencia global, sin límites territoriales.

f) Tampoco caben dudas, finalmente, de que el Estado de las Autonomías presenta hoy un grave problema de ajuste en el País Vasco, donde a la dificultad connatural de hacer una lectura constitucional del llamado Plan Ibarretxe, se suma el elemento decisivo de que la iniciativa se desarrolla en un clima de violencia larvada que desnaturaliza, de raíz, la libertad del debate jurídico, social y político. Todo ello al margen de la consideración de las muchas voces interesadas, políticamente, que han dado respuestas radicalmente negativas a la formulación de este llamado Plan y dejando de lado, porque éste no es el lugar para entrar en esa cuestión, los aspectos del debate jurídico-constitucional ya iniciado.

(15) Al menos, insisto, considerada la situación desde un punto de vista histórico lo que, por cierto, no es nada irracional si se tiene en cuenta que las CCAA de autonomía inicial restringida no tenían posibilidades de intervención en ámbitos tan sustantivos como educación y salud, precisamente los más relacionados con las condiciones de vida cotidianas de los ciudadanos de dichas CCAA. Todo, además del sentimiento de emulación, caminaba necesariamente en la vía de la ampliación competencial y la consiguiente reforma estatutaria.

IV. LOS PLANOS EN LOS QUE PODRÍA DESENVOLVERSE LA REFORMA ESTATUTARIA. OTROS PROBLEMAS AUTONÓMICOS DISTINTOS DEL COMPETENCIAL: EL CONTENIDO DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA ESTATAL, LA PARTICIPACIÓN EN LA FORMACIÓN DE LAS DECISIONES EUROPEAS Y LOS PROBLEMAS DE COOPERACIÓN ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS ENTRE SÍ. CONCLUSIÓN: LA REFORMA CONSTITUCIONAL PARECE NECESARIA EN LO QUE HACE REFERENCIA AL PAPEL Y COMPOSICIÓN DEL SENADO; LA REFORMA ESTATUTARIA, SIN EMBARGO, DEBERÍA POSPONERSE A LA CONSTITUCIONAL. LA URGENCIA DE CONSEGUIR UN GRAN PACTO CONSTITUCIONAL SOBRE LAS CUESTIONES INDICADAS

Pues bien, tras todo lo que antecede llega el momento de adoptar una postura ante el debate actual sobre la reforma estatutaria y sobre la constitucional (da igual invertir el orden de las palabras) que con más o menos intensidad o tibieza –depende de los territorios– comienza ahora a plantearse.

Es claro que, comenzando por lo relativo a los EEEAA, una reforma estatutaria podría operar sobre los siguientes planos: a) el institucional; b) el competencial, y c) el financiero.

En función de lo que se ha ido indicando es relativamente sencillo decir que en lo relativo al ámbito financiero no existe estricta necesidad de impulsar una reforma estatutaria. Por un lado ya se ha citado la Disposición Adicional Segunda, apartado 2º, del Estatuto de Autonomía de Aragón (y, en términos semejantes, los preceptos de otros EAA) que en el ámbito de los tributos cedidos, no considera su afección una modificación estatutaria. El ámbito financiero es, mayoritariamente, una cuestión que puede enfrentarse al margen de cualquier proceso de reforma estatutaria y en el marco de los órganos de debate técnico y políticos existentes¹⁶. En ese marco no hay que olvidar nunca los recientes principios del nuevo sistema de financiación (2001) llamado connaturalmente a perpetuarse en el tiempo, sin referencias temporales necesariamente inmersas –como antes– en su concepción y configuración.

En el plano institucional se ha producido una casi absoluta homogeneidad entre las estructuras institucionales de todas las CCAA no demandándose por nadie significado actuaciones que precisen de reforma. Sólo en el ámbito de la extensión de la potestad de disolución de los Parlamentos territoriales por el Presidente de la Comunidad Autónoma es

(16) Por otro lado y volviendo a la referencia aragonesa origen último de estas reflexiones, es claro que, el artículo 48 del Estatuto de Autonomía de Aragón que, a esos efectos, se diferencia notablemente del resto de los EEAA que prevé un convenio con el Estado sobre la participación territorializada de Aragón “en los tributos generales que se determine”, es un artículo que pide sólo su aplicación, a través de la cual es posible una importante incidencia financiera en otro de los ámbitos posibles de la misma y distinto del que se refiere a los tributos cedidos.

posible observar limitaciones que afectan al principio de auto-organización (y, por tanto, a la autonomía propia de las CCAA) y, obviamente, distinciones con la extensión de esa potestad en comparación con los EEAA de las CCAA de autonomía inicial amplia¹⁷. El sistema estatutario previsto en los distintos EEAA de las CCAA de autonomía inicial restringida, mira a limitar la posibilidad de aplicación de esa potestad de disolución y, desde luego, trata de que se mantenga la homogeneidad en las fechas electorales sucesivas a través de la limitación temporal de la legislatura que se abriría tras la disolución parlamentaria y consiguiente convocatoria de elecciones. Reconociendo que estamos ante una cuestión opinable y esencialmente política, creo que el valor de la homogeneidad en las condiciones actuales con que la ciudadanía contempla la dispersión de procesos electorales, es un valor a mantener. Hoy por hoy. Es obvio, por otra parte, que ésta característica no es algo que preocupe a los principales foros territoriales donde en la actualidad se postula la reforma estatutaria porque en sus EEAA no existe la limitación a la facultad de disolución del Parlamento propio que acabo de referir.

En el ámbito competencial no resulta sencillo imaginar nuevas zonas de intervención de las CCAA que precisaran, por lo tanto, de presencia estatutaria específica para asumir la competencia¹⁸ a no ser que se decidiera entrar de lleno en el ámbito de las transferencias de competencias de “materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación” (del artículo 150.2 CE), lo que plantearía la necesidad de fijar ámbitos y límites de la titularidad estatal y de la naturaleza de lo susceptible de cesión. Por Ley Orgánica, no se olvide el contexto del precepto en el que se incardina la referencia realizada. Ahora bien, esta mera constatación no debe ser suficiente para considerarnos satisfechos en este plano en cuanto que es claro que se presentan problemas mayores y todavía no apuntados, en el ámbito del desarrollo efectivo de las competencias ya asumidas estatutariamente.

**UNA MEJORA EN
EL FUNCIONAMIENTO
DEL ESTADO DE
LAS AUTONOMÍAS ES
NECESARIA Y PUEDE
ALCANZARSE SIN
LA REFORMA ESTATUTARIA
CONFIGURADA COMO
CONDICIÓN IMPRESCINDIBLE
PARA TODO ELLO**

(17) Sobre la cuestión y llamando la atención sobre las originalidades de esa falta de disolución en relación a los principios del sistema de gobierno parlamentario, vid. A. EMBID IRUJO, *Los Parlamentos territoriales*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 57 y ss. En otro sentido vid. A. BAR CENDÓN, *La disolución de las Cámaras legislativas en el ordenamiento constitucional español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1989.

(18) Obviamente lo que también es necesario en este plano competencial, es concluir los trasposos de funciones y servicios relacionados con las competencias ya asumidas por las CCAA. Esto es un tema, entonces, de cumplimiento de los Estatutos vigentes en la actualidad y que no precisan desde esta perspectiva, por tanto, de reforma alguna.

Efectivamente, lo que es enteramente cierto en este ámbito es que en el estado actual de la distribución de competencias realizada estatutariamente, el Estado tiene muchas veces la tentación —en la que cae ocasionalmente— de llevar a cabo actuaciones como las siguientes: a) recuperar competencias o fracciones de competencias atribuidas a las CCAA a través del ejercicio de la legislación básica; b) dirigir el ejercicio de competencias de las CCAA a través de esa misma legislación y, finalmente, c) imponer obligaciones a las CCAA usando también de esa legislación que llevan consigo un gasto y ello sin dotar, paralelamente, a las CCAA de la correspondiente financiación acudiendo al fácil subterfugio o excusa coyuntural, de que ello ya se debatirá en el Consejo de Política Fiscal y Financiera y en el marco general del sistema de financiación, tan distinto al conocido a partir de los acuerdos de 2001 ya citados en este trabajo.

En todos los casos indicados, como se habrá podido observar, nos encontramos ante modos de ejercicio de la legislación básica que sólo tienen hoy desde la perspectiva de las CCAA el remedio del recurso ante el Tribunal Constitucional. Y de esperar la Sentencia de éste cosa que, usualmente, se hace esperar. En tanto llega esa Sentencia, la normativa estatal sigue vigente pues la interposición del recurso por las CCAA, al contrario de lo que sucede con la interposición del recurso por el Estado contra las leyes autonómicas, no suspende la ejecución de dichas leyes estatales¹⁹.

Quiere decirse con ello que ésta no es una cuestión de reforma estatutaria sino de comportamiento político. Y como cuestión de comportamiento político debería tratarse primariamente impulsándose un gran pacto de esa índole que vinculara a los distintos partidos que tienen la oportunidad —presumiblemente— de asumir la gobernación del Estado en relación a un modo distinto de ejercicio de las competencias de establecimiento de legislación básica, limitando la misma a lo que, originalmente, es su función: ese mínimo común denominador que tantas veces recuerda el Tribunal Constitucional vinculado a la homogeneidad y a la garantía de una posición común de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales²⁰.

Ese pacto político al que me refiero podría tener una correspondiente extensión en relación al modo de ejercicio de la potestad de disolución de las Cortes lo que, en su caso, podría favorecer la modificación estatutaria de los EEAA de las CCAA de autonomía inicial restringida, en la misma dirección y redacción que esta institución tiene en los EEAA de las CCAA de autonomía inicial amplia.

Igualmente ese pacto político podría extenderse a la incorporación a las CCAA al plano de la formación de la voluntad del Estado en el ámbito comunitario. Conocidos son los

(19) Y con independencia de que, obviamente, cabe al TC levantar esa suspensión una vez pasados cinco meses.

(20) Las referencias bibliográficas en este punto serían prácticamente inacabables. Mantengo mi querencia, sin embargo, a un trabajo aunque antiguo, singular y de gran mérito de J. JIMÉNEZ CAMPO, “¿Qué es lo básico? La legislación compartida en el Estado autonómico”, REDC 27, 1989.

Reforma de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía

modelos que otros países con descentralización política siguen (Alemania e Italia, por ejemplo y por su relevancia) y lo que ahora debería hacerse entre nosotros es realizar una concreta opción. Esta cuestión tampoco es objeto de necesaria reforma estatutaria.

La conclusión que se va a apuntando es ya meridiana: los grandes temas que actualmente ocupan al Estado de las Autonomías —grandes temas, obviamente, en mi opinión— no precisan para su resolución que se afronte la reforma de ningún Estatuto de Autonomía. Al menos en el momento actual al que se refieren, claro está, estas páginas. Una mejora muy sustancial en el funcionamiento y en la lógica del Estado de las Autonomías es necesaria y puede alcanzarse, desde luego, pero sin la reforma estatutaria configurada como condición imprescindible para todo ello. Lo que hace falta, en sustitución de esa reforma, es un gran pacto político compuesto de las variables que he señalado, al menos.

Lo que sí me parece necesario, sin embargo, es realizar con tranquilidad pero también con firmeza, una reforma constitucional para incrementar el ámbito de la cooperación entre los poderes públicos en nuestro país y, más concretamente, decidiendo una sustancial modificación de la composición y procedimientos de actuación del Senado que sólo puede ser afrontada mediante la reforma constitucional. En este punto debe ponerse el acento y la capacidad de impulso y negociación de las fuerzas políticas. Conseguida tal reforma constitucional y, desde luego, experimentadas en la práctica sus virtualidades, conseguido también ese gran acuerdo político al que me refería sobre el modo de ejercicio de los poderes y, singularmente, del normativo en el Estado de las Autonomías, podrá pensarse que habrá llegado el momento de plantear una reforma generalizada de los EEAA²¹ que, para algunas CCAA será la tercera y para otras CCAA —las de autonomía inicial amplia— solamente la primera. Pero para que llegue esto que es para mí el final del camino, habrá habido que comenzar por el principio que, insisto, no es en mi opinión el de la reforma estatutaria sino el de la constitucional. Y es un camino, no lo ignoro, fatigoso de recorrer.

(21) Quiero llamar la atención, otra vez y por si no hubiera quedado claro, que la reforma de los EEAA en un Estado como el nuestro no será en modo alguno un fenómeno limitado a una Comunidad Autónoma. Aun con los lapsos y separaciones temporales lógicos y evidentes, iniciado el camino de reforma en un determinado lugar, se irá extendiendo necesariamente al resto. Como una mancha de aceite, sin que ello signifique ninguna consideración peyorativa sobre el fenómeno, obviamente.

Cuestiones problemáticas en torno a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: evolución legislativa y nuevos escenarios de conflicto^{*}

CARLOS ROMERO REY

Letrado del Gabinete Técnico del
Tribunal Supremo

Sumario:

I. Introducción. II. La institución de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. A) Sus orígenes en el ordenamiento jurídico español. B) Tratamiento de la cuestión en la Constitución y Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. C) La reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. **III. El problema de la jurisdicción competente. El conocimiento de las reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial por los cuatro órdenes jurisdiccionales.** A) La preferencia del orden penal. B) Las disputas entre el orden civil y el social con el orden contencioso-administrativo. a) La posición de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. b) La posición de la Sala de lo Social. C) Criterios del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción y de la Sala de Conflictos de Competencia. **IV. Otra vuelta de tuerca: la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.** **V. La responsabilidad del personal al servicio de las Administraciones Públicas tras las reformas operadas en 1998 y 1999.** **VI. Dedución de pretensiones frente a particulares conjuntamente con la Administración.** **VII. La intervención de compañías aseguradoras: el auto de la sala de conflictos de competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001.** **VIII. La responsabilidad concurrente de varias administraciones públicas.** **IX. Conclusiones.**

(*) Téngase en cuenta la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuya incidencia en la materia que hoy tratamos se abordará en la addenda incluida al final del texto del presente artículo.

X. Addenda: la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

I. INTRODUCCIÓN

Se ha afirmado que el principio de legalidad —y su garantía en el recurso contencioso-administrativo— y el de responsabilidad patrimonial de los entes públicos constituyen los dos grandes soportes estructurales del Derecho Administrativo¹. Ya la Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa, Ley de 16 de diciembre de 1954 que supuso un hito fundamental en la materia de la que hoy nos vamos a ocupar, vino a señalar que la actividad de la Administración, que en nuestros días está presente en todas y cada una de las manifestaciones de la vida colectiva, “*lleva consigo una inevitable secuela incidental de daños residuales y una constante creación de riesgos*”.

Tal razón ya sería suficiente para justificar la importancia del tema, importancia que se acrecienta si tenemos en cuenta la multiplicación que puede observarse respecto de las reclamaciones que en materia de responsabilidad patrimonial se plantean frente a las distintas Administraciones Públicas e igualmente como consecuencia de ciertas novedades legislativas que tuvieron lugar en los años 1998 y 1999, cuales son, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Ley 6/1998, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; novedades legislativas que, tendentes a conseguir la deseable unidad jurisdiccional en la materia y a hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, se han visto puestas en cuestión últimamente como consecuencia de un Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, que vuelve a sembrar dudas acerca de cuál sea la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración en un buen número de supuestos y al que posteriormente nos referiremos.

Trataremos de exponer principalmente en el presente estudio los aspectos administrativos y procesales de esta materia. Estos últimos, los procesales, han generado desde los inicios de esta institución vivas polémicas y posiciones encontradas de difícil solución no sólo entre la doctrina sino entre las distintas Salas de nuestro Tribunal Supremo en un ejercicio de autoafirmación de la propia competencia que complicaba notablemente la materia y provocaba considerables dosis de inseguridad jurídica.

Como posicionamiento previo hemos de señalar que entendemos que las reformas legales habidas en el año 1998 no consagran el principio de unidad jurisdiccional en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de la competencia del orden penal tal y como luego veremos, por cuanto consideramos que tal unidad jurisdiccional

(1) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, 6ª edición, Madrid, 1999, págs. 351 y ss.

se había producido ya con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Pero antes de analizar todas estas cuestiones, hemos de hacer una somera referencia al proceso de afirmación en nuestro Derecho del principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que nos ayudará a comprender el devenir legislativo y jurisprudencial que ha tenido lugar y el estado de la cuestión en el momento presente, no sin antes poner de manifiesto que hemos pasado de la práctica irresponsabilidad de la Administración a una situación potencialmente desbordante y, desde luego insegura sobre la que ya ha llamado la atención la doctrina y que está dando lugar a nuevos planteamientos teóricos acerca de las bases sobre las que debe asentarse el sistema e incluso decididas apuestas por una revisión general del sistema².

**HEMOS PASADO
DE LA PRÁCTICA
IRRESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DE
LAS ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS A UNA SITUACIÓN
POTENCIALMENTE
DESBORDANTE E INSEGURA**

II. LA INSTITUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

A) Sus orígenes en el ordenamiento jurídico español³

Sin perjuicio de una serie de textos concretos, que lejos de proclamaciones de tipo general, reconocen la responsabilidad del Estado por los daños producidos en supuestos tasados: así, la Ley de 9 de abril de 1842 que declara la obligación de indemnizar los daños materiales causados como consecuencias de la defensa o del ataque de las plazas, pueblos, edificios, etc., en el curso de la primera guerra carlista; o la Instrucción de Sanidad

(2) En este último sentido podríamos citar a F. PANTALEÓN PRIETO, "Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración (hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas)", *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1995; y, entre otros trabajos, "Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", *Revista Documentación Administrativa*, número 237-238, enero-junio 1994, págs. 239 y ss. Pero las críticas a los excesos del sistema y a los límites de la responsabilidad patrimonial también se han puesto de manifiesto desde posiciones puramente administrativistas, en este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, ob. cit., págs. 372 y ss.; e igualmente L. MARTÍN REBOLLO, "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones", *Revista de Administración Pública*, número 150, septiembre-diciembre 1999, págs. 317 y ss., autor este último que expone su actual visión del tema en los siguientes términos: "Yo mismo, que me hallaba entre quienes defendían el sistema como expresión de una socialización de riesgos colectivos a partir de las ideas o principios clásicos de la igualdad ante las cargas públicas y del criterio de que las consecuencias negativas derivadas de la actividad pública, que a todos beneficia, deben ser igualmente soportadas por todos y no recaer exclusivamente sobre el patrimonio individual de los perjudicados (L. DUGUIT), he evolucionado hasta otras posiciones menos optimistas a medida que el Estado ha asumido por otras vías de asistencia social algunas de las funciones que, en otro caso, podrían corresponderle a la responsabilidad".

(3) Para una visión general sobre esta cuestión y sobre la evolución subsiguiente, vid. L. MARTÍN REBOLLO, "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica", *Revista Documentación Administrativa*, número 237-238, enero-junio 1994, págs. 11 y ss; e igualmente, "Ayer y hoy de la responsabilidad...", ob. cit., págs. 329 y ss.

de 1904 que establece un derecho indemnizatorio ante la destrucción o deterioro de objetos cuando lo exija la garantía de la desinfección; sin perjuicio, como decimos, de estos textos aislados, la única proclamación de carácter general anterior al siglo XX que bien pudiera haberse aplicado a este ámbito era la contenida en el Código Civil, en concreto en sus artículos 1902 y 1903, que contienen la regulación general de la responsabilidad civil.

El primero de dichos preceptos consagró el principio general de que toda persona responde de los daños “que por acción u omisión causa a otro, interviniendo culpa o negligencia”, responsabilidad que, según el segundo de los preceptos citados, “es exigible no sólo por actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder” y aquí se incluyó expresamente al Estado “cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior”. Esta remisión al artículo anterior debería haber bastado para imputar a la Administración los daños producidos por sus funcionarios. Sin embargo, ello no fue así y la remisión se interpretó, con carácter general y ante las dificultades de encontrar en la práctica un agente especial, en el peor sentido posible para las garantías del administrado que resultaba lesionado, es decir, no remitía a la responsabilidad de la Administración sino a la propia responsabilidad personal del funcionario.

En esta situación es evidente que puede hablarse de un auténtico clima de irresponsabilidad por parte de la Administración que no se soluciona hasta la promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954⁴, Ley que viene a constituir un hito fundamental y un avance sustancial en la afirmación de un principio general de responsabilidad de la Administración. Del artículo 121 de dicha Ley y del artículo 133 del Reglamento de Expropiación Forzosa se deduce, de una parte, el carácter directo y no subsidiario que tendrá siempre la responsabilidad de la Administración, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda luego exigir a sus funcionarios mediante la acción de regreso. Y por otra parte, se afirma un principio de responsabilidad objetiva, esto es, al margen de culpa o negligencia, superando así las previsiones del Código Civil.

El siguiente paso se produce con la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, que introduce la unidad jurisdiccional en esta materia; unidad que, no obstante, quiebra un año después con la promulgación de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 que utilizó en su artículo 40 términos casi idénticos a los de la Ley de Expropiación Forzosa y que, en definitiva, vino a consolidar un sistema de responsabilidad objetivo.

(4) Ello no obstante, ha de recordarse que en el período anterior a la promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa, resultan de interés la afirmación que el artículo 41 de la Constitución de 1931 contiene respecto de la responsabilidad subsidiaria del Estado o la Corporación a quien sirva, por los daños y perjuicios causados a tercero por el funcionario que en el ejercicio de su cargo infringe sus deberes. E igualmente cabe destacar la legislación de régimen local. Así, la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935 en su artículo 209 señalaba que “las entidades municipales responderán civilmente de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irrogue la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios en la esfera de sus atribuciones respectivas, directa o subsidiariamente, según los casos”; regulación que con matices acoge asimismo la Ley de Régimen Local de 1950.

No obstante, esta Ley, tal y como ya hemos dicho, quiebra para el Estado la unidad jurisdiccional que había sido consagrada tan sólo un año antes por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Así, en su artículo 41 disponía que cuando el Estado actuara en relaciones de Derecho privado respondería de forma directa, pero esa responsabilidad sería exigida ante los tribunales ordinarios.

Esta regulación ha de valorarse en un doble sentido, por una parte y tal y como ya se apuntó supone la consagración definitiva de un sistema de responsabilidad patrimonial objetivo y directo; pero por otro lado, y tal y como se ha señalado, “instauró, *de facto*, una dualidad jurisdiccional ‘a la carta’, basada, entre otras razones, en la diferente interpretación de la expresión ‘servicios públicos’ a que aludía el artículo 40”⁵. La jurisprudencia civil vino a restringir el concepto de servicio público para autoafirmar su propia competencia, competencia jurisdiccional que vino acompañada asimismo por una aplicación de las reglas sustantivas civiles a estas reclamaciones que se ventilaban ante los juzgados y tribunales civiles⁶.

B) Tratamiento de la cuestión en la Constitución y Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Nuestra Norma Fundamental de 1978 constitucionaliza la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, abordando este tema en sus artículos 106.2 y 149.1.18^a. El segundo de dichos preceptos garantiza un tratamiento común de la materia, al atribuir al Estado la competencia exclusiva para regular “el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas”.

Por su parte, el artículo 106.2 lo que hace es elevar al máximo nivel normativo el principio general que ya antes habían enunciado tanto la Ley de Expropiación Forzosa como la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; remitiéndose en todo caso a la regulación que el Legislador pueda dar a la materia⁷. En concreto, tal precepto señala:

“Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”

(5) L. MARTÍN REBOLLO, “Ayer y hoy de la responsabilidad...”, ob. cit., pág. 340.

(6) Ha de señalarse asimismo que la jurisprudencia generalizó estos criterios incluso para las Entidades locales, a pesar de que para la Administración local era de aplicación directa la unidad jurisdiccional implantada por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, por cuanto la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado no le resultaba (en principio y a nivel teórico) de aplicación. La propia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo mantuvo en relación con los municipios su competencia, entre otras, en Sentencia de 28 de marzo de 1990 (Ref^a: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1990,1734).

(7) Aunque se trata de un derecho de configuración legal, la doctrina ha señalado que ello no puede significar que la Ley que lo regule pueda prescindir y desconocer una concreta tradición, el acervo de un cuarto de siglo y una situación que a nivel doctrinal y jurisprudencial ha sido justamente calificada como una pieza fundamental y una conquista del Estado de Derecho.

Al amparo pues de las previsiones constitucionales, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dedica su Título X a esta materia bajo el epígrafe “De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio”; Título respecto del cual, la Ley 4/1999, de 13 de enero, ha introducido algunas modificaciones de importancia, conforme luego veremos.

Reiterada jurisprudencia ha venido señalando cuáles son los requisitos inexcusables para que pueda declararse la responsabilidad de una Administración, a saber:

- a) La efectiva realidad de un daño evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que la lesión patrimonial sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación de causa a efecto.
- c) Que el daño no se haya producido por fuerza mayor, resultando desde luego requisito *sine qua non* la concurrencia del nexo causal entre la actividad u omisión de la Administración y el resultado dañoso, sin interferencias extrañas que pudieran anular o descartar aquél.

Éstas son, pues, las circunstancias que al particular corresponderá probar indubitadamente tanto en cuanto a la realidad y cuantía de los daños como la certeza de que éstos proceden de la causa que esgrime.

Como puede observarse, uno de los elementos esenciales sobre los que gravita el sistema es el nexo causal. Ya pusimos de manifiesto anteriormente la tendencia, crítica a nuestro juicio, a ampliar ese nexo causal y los supuestos en los que la Administración Pública va a tener que responder que últimamente podía observarse en la jurisprudencia.

Por eso nos parece especialmente interesante las consideraciones que contiene una reciente Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 27 de julio de 2002, que lleva a cabo una interpretación restrictiva del requisito del nexo causal en la determinación de la responsabilidad de la Administración. El supuesto de hecho que analizaba eran unas actividades extraescolares (“Día del Árbol”), enmarcadas plenamente, no obstante, en el ámbito educativo del Centro Público de enseñanza y debidamente aprobadas por el Consejo Escolar, desarrolladas con la presencia de varios profesores responsables; en la que, a uno de los menores en el momento de plantar un árbol le saltó al ojo derecho un cuerpo extraño produciéndole importantes daños.

Señala la citada Sentencia lo siguiente:

“(…) la Administración no es responsable de cualquier resultado lesivo o dañoso que se origine durante el transcurso de la actividad de un servicio público sino sólo de aquellos

que sean consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de dicho servicio, y en este caso sólo está acreditado que la lesión se produjo durante la realización de una actividad extraescolar, pero no que fuese consecuencia de tal actividad (...).

Consideramos nosotros que la consecuencia derivada de una interpretación laxa del citado precepto hasta el extremo de convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras de todos los riesgos sociales, dada la amplitud de los servicios que prestan y de las competencias que ostentan, es la más perturbadora para una correcta realización y progresiva ampliación de tales servicios públicos, pues el principio de solidaridad de riesgos, que late en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, con el fin de lograr un mejor reparto de los beneficios y cargas sociales, puede verse frustrado con interpretaciones extensivas del requisito del nexo causal, aunque sea por razones tan atendibles jurídicamente como es la de evitar el desvalimiento de una persona que ha sufrido un grave quebranto en su salud, para lo que, sin embargo, no está concebido el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas si no concurren los requisitos para declararla y que debe tener amparo por otras vías no menos eficaces, y, en cualquier caso, más justas para paliar un problema siempre que no concurren todos los requisitos legalmente establecidos para que nazca dicha responsabilidad patrimonial por más que ésta sea objetiva o de resultado”.

Por su parte, el procedimiento a seguir en vía administrativa para la determinación de la responsabilidad patrimonial se regula en los artículos 142 y 143 de esta Ley, estableciendo este último la posibilidad de un procedimiento abreviado en determinados casos a fin de reconocer el derecho a la indemnización en el plazo de treinta días.

Las previsiones de estos dos preceptos han de completarse con lo dispuesto en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

De forma sucinta y por lo que hace referencia al procedimiento general, ha de señalarse que las fases en las que el mismo se desarrolla en vía administrativa son básicamente:

**EL TRIBUNAL SUPREMO
HA REALIZADO UNA
INTERPRETACIÓN
RESTRICTIVA DEL REQUISITO
DEL NEXO CAUSAL EN
LA DETERMINACIÓN DE
LA RESPONSABILIDAD DE
LA ADMINISTRACIÓN**

- 1) Iniciación, que podrá serlo de oficio o por reclamación del interesado. En este segundo caso el interesado deberá especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible y el momento en que la lesión efectivamente se produjo. Además, la misma irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen pertinentes y de la proposición de prueba.
- 2) Un período probatorio que se desarrollará en el plazo de treinta días.
- 3) Solicitud de cuantos informes sean necesarios para resolver, siendo preceptivo, en todo caso, el del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable.
- 4) Trámite de audiencia en el que se pondrá de manifiesto todo lo actuado al interesado para que formule alegaciones y presente los documentos y justificaciones que estime pertinentes.
- 5) Dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.
- 6) Y finalmente, la resolución del procedimiento.

Ha de señalarse asimismo que en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, el órgano competente podrá acordar con el interesado la terminación convencional mediante un acuerdo indemnizatorio. Igualmente ha de tenerse en cuenta que transcurridos seis meses desde que se inició el procedimiento sin que haya recaído resolución expresa, la misma se entenderá contraria a la indemnización al particular.

Analizado de forma sucinta el procedimiento en vía administrativa nos interesa destacar ahora que, a pesar de las opiniones doctrinales y jurisprudenciales divergentes, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común consagró de nuevo la unidad jurisdiccional en la materia de responsabilidad patrimonial⁸, residenciándola en el orden contencioso-administrativo⁹.

(8) Ha de señalarse que ante el Tribunal Constitucional se planteó Cuestión de Inconstitucionalidad por parte de la Audiencia Provincial de Madrid en relación con el artículo 142.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con el argumento principal de que el reparto competencial entre los distintos órdenes jurisdiccionales se encuentra reservado a la ley orgánica por el artículo 122.1 de la Constitución Española. A este respecto, el Alto Tribunal ya había señalado en su Sentencia 224/1993, de 1 de julio, que "Sin perjuicio de la definición de cada uno de los órdenes jurisdiccionales efectuada in abstracto por el legislador orgánico, cabe que el legislador ordinario concrete las materias específicas objeto de conocimiento de tales órdenes, produciéndose de este modo, una colaboración entre ambas formas normativas –Ley Orgánica y Ley Ordinaria– que no obsta a la reserva establecida en el artículo 122.1 CE y que, por tanto, resulta constitucionalmente lícita". En atención a tales argumentos, el Tribunal Constitucional finalmente y por Auto 1999/1997, de 22 de julio, procede a inadmitir la referida cuestión de inconstitucionalidad. En relación con dicha Resolución, vid. E. GAMERO CASADO, "Constitucionalidad de la unificación jurisdiccional en materia de responsabilidad administrativa (Comentario del ATC de 22 de julio de 1997)", *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 332, 5 de marzo de 1998.

(9) Opinión, entre otros muchos de J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (Ley 29/1998, de 13 de julio), Civitas, Madrid, 1998, págs. 196 y ss.

A este respecto, el Preámbulo del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, antes comentado al hablar del procedimiento en vía administrativa, ya señaló con toda claridad que la vía jurisdiccional contencioso-administrativa pasaba a ser “en el sistema de la nueva Ley, la única procedente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, tanto en relaciones de Derecho público como privado”. Veremos posteriormente cómo a pesar de esta unificación la materia de la responsabilidad patrimonial de la Administración ha venido siendo fiscalizada por los cuatro órdenes jurisdiccionales.

C) La reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero

Sin perjuicio de otras modificaciones importantes, dos son los aspectos que nos interesa destacar de la nueva Ley. En primer lugar, a través de la nueva redacción que se da al artículo 144, se opta por la unificación del régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración sin discriminar su actuación en régimen de Derecho público o privado en concordancia, tal y como señala la Exposición de Motivos de esta Ley, con la unidad de fuero.

Es decir, que si con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se había llevado a cabo una unidad jurisdiccional respecto de esta materia con independencia de que la actuación de la Administración fuera de Derecho público o de Derecho privado, no ocurría lo mismo con el régimen jurídico sustantivo aplicable a estas reclamaciones que para el supuesto de una actuación de Derecho público serían aplicables los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre; y sin embargo, si la actuación administrativa estuviera sujeta al Derecho privado habría de analizarse la misma bajo el prisma de los artículos 1902 y concordantes del Código Civil¹⁰. A partir de la Ley 4/1999, de 13 de enero, como decimos, tanto el régimen procesal y jurisdiccional como el sustantivo va a ser el mismo.

El segundo aspecto destacable se refiere a la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas. Si bien en la redacción originaria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se permitía al perjudicado dirigir su acción de resarcimiento directamente contra la autoridad, funcionario o empleado público causante material del daño “de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente”, esto es, de acuerdo con el principio general de la responsabilidad por culpa del artículo 1902 del Código Civil; a partir de la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y tal y como indica el apartado primero del artículo 145, “los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”. Ello sin perjuicio, de que posteriormente, la Administración tenga que exigir de oficio de las autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo o culpa o negligencia graves.

(10) Ello no obstante, algunos autores habían apuntado que incluso estas actuaciones de Derecho privado estarían sujetas al régimen jurídico-sustantivo de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En este sentido, vid. J. CATALÁN SÉNDER, “Jurisdicción civil y responsabilidad patrimonial de la Administración tras la Ley 30/1992. Nuevos planteamientos doctrinales y jurisprudenciales”, *Actualidad Civil*, número 48, 4 de enero de 1998.

Se clarifica con ello el régimen de exigencia directa de responsabilidad a la Administración, y, en concordancia con ello, en la Disposición Derogatoria se derogan la Ley de 5 de abril de 1904 y el Real Decreto de 23 de septiembre de 1904, relativos a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos. Normas que preveían una acción autónoma de responsabilidad dirigida frente a los funcionarios públicos y no frente a la propia Administración.

III. EL PROBLEMA DE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE. EL CONOCIMIENTO DE LAS RECLAMACIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR LOS CUATRO ÓRDENES JURISDICCIONALES

A) La preferencia del orden penal

A pesar de las disputas surgidas entre el orden jurisdiccional civil y social con el orden contencioso-administrativo al tratar de arrogarse todos ellos la competencia para conocer de las reclamaciones en esta materia, es pacífica la opinión tanto de la doctrina como de la jurisprudencia en entender que en materia de responsabilidad patrimonial goza de preferencia el orden penal cuando la responsabilidad derive de la comisión de delitos dolosos o culposos y, por tanto, se exceptúa en estos casos la unidad de fuero a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa; habiéndose apuntado que ello “deriva en buena lógica de las diferencias conceptuales que existen entre la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y la responsabilidad patrimonial de la Administración. En efecto, la primera se fundamenta en el principio de que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, respondiendo subsidiariamente el Estado, de acuerdo con la jurisprudencia en la materia (...) lo que significa que, dictada sentencia declarando culpable a cualquier funcionario del Departamento, en razón de las actividades públicas que tenga encomendadas por su cargo, puede decretarse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado ante la posible insolvencia del condenado”¹¹.

La regulación en este sentido aparece contenida en el artículo 121 del Código Penal, que dispone:

“1. El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la Isla, el municipio y demás entes públicos según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las

(11) P. SALA SÁNCHEZ, J.A. XIOL RÍOS y R. FERNÁNDEZ MONTALVO, *Práctica Procesal Contencioso-Administrativa*, Bosch, Barcelona, 1999, págs. 1.371 y ss.

normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

2. Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.”

Uno de los problemas que pronto surgió como consecuencia de esta regulación era la referencia en el apartado primero que acabamos de transcribir a “delitos dolosos o culposos”, lo que parecía excluir del ámbito de aplicación de esta preferencia del orden penal aquellos ilícitos que fueran tipificados como falta y no como delito.

No obstante, la Sala Segunda del Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de enero de 1997 (RJA 1997, 1127) ha llevado a cabo una interpretación extensiva del término delito, comprensiva de las faltas, aduciendo que la misma es posible dado que no nos encontramos en presencia de disposiciones penales, aunque se ubiquen en el Código Penal, sino de un artículo de naturaleza civil¹².

B) Las disputas entre el orden civil y el social con el orden contencioso-administrativo

Prescindiendo de la competencia del orden penal que acabamos de ver, el debate doctrinal y la auténtica disputa jurisdiccional en esta materia se ha planteado entre los restantes tres órdenes jurisdiccionales.

Tal y como ya dijimos con anterioridad la Ley de Expropiación junto con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 consagraron la competencia exclusiva del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. No obstante, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado vino a romper esta unidad jurisdiccional al disponer que cuando el Estado actuase en relaciones de Derecho privado, la responsabilidad habría de exigirse ante los Tribunales ordinarios.

**ES PACÍFICA LA OPINIÓN
DOCTRINAL Y
JURISPRUDENCIAL QUE
ENTIENDE QUE EL ORDEN
PENAL GOZA DE
PREFERENCIA CUANDO
LA RESPONSABILIDAD
DERIVE DE LA COMISIÓN
DE DELITOS DOLOSOS O
CULPOSOS**

(12) La citada Resolución señala en su fundamento jurídico séptimo lo siguiente: “el silencio de este artículo 121.1 sobre las faltas no implica necesariamente su exclusión a los efectos de la responsabilidad civil subsidiaria por tales infracciones criminales leves. El nuevo Código Penal, al igual que los anteriores ofrece numerosas muestras de utilización del vocablo ‘delito’ como sinónimo de infracción criminal (...) En igual dirección cabe aducir el argumento de que, si ahora se incluyen de modo expreso los delitos culposos, con más razón deben incluirse también –desde la perspectiva de la responsabilidad subsidiaria– las faltas dolosas que pueden ocasionar mayores daños y perjuicios”.

Como ya vimos, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pretendió poner fin a esta situación instaurando de nuevo un sistema de unidad jurisdiccional, a pesar del cual, los juzgados y tribunales civiles y sociales han continuado conociendo de asuntos de responsabilidad patrimonial de la Administración acudiendo para justificarse a diversos criterios. No resulta necesario extenderse sobre las perniciosas consecuencias que, sobre todo, a la seguridad jurídica ha traído este confusionismo jurisdiccional¹³.

a) La posición de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

Tradicionalmente tres han sido los argumentos de la Sala Primera del Tribunal Supremo para sostener la competencia del orden jurisdiccional civil: en primer lugar, una interpretación claramente restrictiva de la expresión “funcionamiento de los servicios públicos”, es decir, los juzgados y tribunales civiles venían entendiendo que todo lo que no fuera una actividad regular y formalizada de la Administración era actividad privada y por lo tanto, estaba sometido a su fiscalización por parte de esos juzgados y tribunales. En segundo lugar, se recurría al argumento de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, es decir, se entendía que cuando la demanda va dirigida conjuntamente a una Administración y a un particular, la misma ha de ser conocida por la jurisdicción civil pues siendo solidarias sus responsabilidades, de separarse la continencia de la causa se correría el riesgo de fallos contradictorios¹⁴. El tercer argumento era un argumento de

(13) Así se ha puesto de manifiesto en diversas ocasiones. Por citar sólo un ejemplo, recientemente se ha ocupado de este problema en un ámbito material específico C. DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, “Riesgos del desarrollo y sangre contaminada: tres jurisdicciones, tres respuestas distintas”, *Revista del Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, números 41-42, marzo 2000, págs. 9 y ss.

(14) Existe una Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que declara la incompetencia de ese orden jurisdiccional llevando a cabo una adecuada interpretación de la expresión “servicios públicos” y minimizando la concurrencia de sujetos privados como parte demandada junto con la Administración. No obstante, sus razonamientos no se generalizaron y puede calificarse, ciertamente, como una Resolución heterodoxa de la Sala de lo Civil del Alto Tribunal. Se trata de la Sentencia de 10 de noviembre de 1983 (RJA 1983, 6070) que, tras analizar toda la problemática atinente a estas cuestiones, señala textualmente:

“Que a la vista de esta doctrina nada puede ser más natural y jurídicamente correcto que su cómoda aplicación a los hechos descritos y constantes en la propia sentencia recurrida, al tratarse de daños ocasionados por una actividad de gestión pública, por un órgano de la Administración, tal la Jefatura de Obras Públicas, integrada en el Ministerio de esa actividad, y dentro del campo jurídico administrativo a él atinente, es decir, de su propia competencia, para satisfacer una necesidad correspondiente a un servicio público (vías de comunicación), con el resultado también lógico y congruente de atribuir la cuestión que se plantea a la jurisdicción especializada y, en definitiva, del acogimiento del motivo primero que se estudia, por ser ya evidente el error denunciado en el mismo, es decir, el exceso en el ejercicio de la jurisdicción cometido al conocer del litigio propuesto, cuya resolución compete a la jurisdicción citada, independientemente de que se hubieran demandado, junto con la Administración, a particulares presuntamente también responsables mancomunada o solidariamente, circunstancia que no puede provocar, por su accidentalidad y eventualidad, la exclusión de la justicia administrativa-judicial en materia tan clara y de propia competencia, amén de que, como bien dice el recurrente, ello podría ser fuente de abuso o desvío procesal por el uso del mero artificio de demandar conjuntamente a particulares con la Administración.”

equidad, esto es, se estimaba que no era equitativo que el perjudicado que haya llegado hasta la Sala Primera del Tribunal Supremo tuviera que “peregrinar” hasta la jurisdicción contencioso-administrativa, iniciando un largo y costoso proceso ante la misma¹⁵.

Ello no obstante, durante la vigencia de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y antes de la entrada en vigor de las reformas procesales de 1998, ya se habían generalizado las críticas doctrinales respecto a esta autoafirmación de responsabilidad que había llevado a cabo la Sala Primera del Tribunal Supremo y que buena parte de la doctrina entendía claramente *contra legem*¹⁶.

Con independencia de los argumentos y de que puedan compartirse o no los criterios esgrimidos por la Sala de lo Civil, lo cierto es que llama poderosamente la atención el hecho de que la afirmación de la competencia de la jurisdicción civil llevaba asimismo aparejada la aplicación de un régimen jurídico sustantivo que no era el propio y aplicable a la Administración. Es decir, se prescindía del régimen de responsabilidad objetivo y directo consagrado en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para aplicar únicamente los artículos 1902 y concordantes del Código Civil¹⁷.

Aun cuando la distinción carece de excesiva relevancia a efectos prácticos dada la tendencia a la objetivación con que se ha configurado por parte de la jurisprudencia al artículo 1902 del Código Civil; lo cierto es que tal postura resulta criticable, a nuestro juicio, en la medida en que determinaba el régimen jurídico sustantivo aplicable en virtud del orden jurisdiccional competente, con una concepción del derecho material absolutamente tributaria del derecho adjetivo que no podemos, en modo alguno, compartir.

En este punto hemos de detenernos y hacer referencia a una reciente Sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, referida obviamente a situaciones anteriores a las reformas procesales de 1998, pero cuya argumentación ha sido destacada para “aventurar un pronóstico del futuro incierto” respecto de la clara intención del legisla-

(15) La doctrina ha puesto de manifiesto que este último argumento se encuentra emparentado con la denominada doctrina de la vinculación más fuerte, que empezó a elaborarse en la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Caso RUMASA. Según la misma, los órganos jurisdiccionales y los poderes públicos en general están sometidos o vinculados a la Constitución de forma más fuerte que a ninguna otra norma, de tal manera que si en una situación concreta la aplicación de una norma pudiera suponer la conculcación de un precepto constitucional, principalmente de un derecho fundamental, podría dicha norma quedar inaplicada. Por ello se admiten soluciones que no son de legalidad estricta, sino más bien propias del principio de equidad.

(16) Vid. E. GAMERO CASADO, *Responsabilidad administrativa: Conflictos de Jurisdicción*, Aranzadi, Pamplona, 1997, que señala en la pág. 155 de dicha obra que “(...) en este momento que la jurisdicción civil no resulta competente en la materia, ni en virtud de litisconsorcios pasivos, ni de su vis atractiva, ni con el argumento, derivado de los dos anteriores, referido a la inconveniencia de separar la continencia de la causa”.

(17) Esta postura ha sido criticada por S. MUÑOZ MACHADO en su magnífica obra *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas (y otros estudios sobre responsabilidad)*, Civitas, 2ª edición, Madrid 1998, págs. 115 y siguientes; que señala: “El resultado es paradójico. Y la sustitución de la legislación administrativa por la legislación civil difícil de justificar, en mi criterio: una cosa es que se dé por buena y acepte la conclusión establecida de que de las acciones de responsabilidad dirigidas conjuntamente contra la Administración y un particular conozca la jurisdicción civil, y otra bien distinta que no se aplique el derecho material que rige la actividad administrativa”.

dor al haber llevado a cabo tales reformas¹⁸. Se trata de la Sentencia de 6 de mayo de 1998. El supuesto es el de una reclamación contra el INSALUD como consecuencia de unas lesiones sufridas en los ojos por un recién nacido en un centro dependiente de la Seguridad Social.

El Tribunal Supremo partiendo de la denominada doctrina de la “unidad de la culpa civil” admite que la relación entre un enfermo y el INSALUD es una relación contractual, semejante a la de un arrendamiento de servicios, haciéndose omisión implícita de que el Sistema Nacional de Salud constituye un servicio público de carácter asistencial al que tienen derecho todos los ciudadanos por imperativo del artículo 43 de la Constitución. Tales razonamientos que emplea el Tribunal Supremo han sido duramente criticados¹⁹.

b) La posición de la Sala de lo Social

Por su parte, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha venido manteniendo la competencia del orden social argumentando que las indemnizaciones correspondientes por prestaciones de asistencia sanitaria defectuosa a beneficiarios de la Seguridad Social eran materia propia de ese ámbito²⁰.

En esta materia de la asistencia sanitaria y sin perjuicio de la aplicabilidad de las reformas procesales de 1998 a las que seguidamente haremos referencia, hemos de tener en cuenta la introducción por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la Disposición Adicional Duodécima, que trata de cerrar cualquier atisbo de duda jurisdiccional en esta materia²¹ señalando lo siguiente:

(18) Así lo ha subrayado J.M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, *La nueva regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa*, ponencia presentada en La Coruña el día 15 de julio de 1998.

(19) J.M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, *La nueva regulación...*, ob. cit., quien señala: “Con esta visión de las cosas, a mi juicio gravemente errónea, se prescinde de la concepción de la asistencia sanitaria como un servicio público común, libre y de acceso gratuito para todos los ciudadanos. De consolidarse estas interpretaciones, todo el esfuerzo renovador de la reforma ha de resultar baldío, pues, la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, hace omisión explícita de todo el ordenamiento administrativo al enjuiciar estos hechos”.

(20) Por citar sólo un ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 12 de diciembre de 1989 (RJA 1989/8955) ha señalado que las Entidades Gestoras son las responsables del cumplimiento de las prestaciones debidas a favor de los sujetos incluidos dentro del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, incluyéndose dentro de este deber de cumplimiento que la Administración de la Seguridad Social a través de estas Entidades asume en favor de los sujetos beneficiarios, la prestación de asistencia sanitaria que ha de ser prestada de una manera adecuada y eficaz, por lo que la prestación en sí misma incluye la indemnización procedente en los supuestos de prestación defectuosa.

(21) Consideraciones críticas a esta novedad legislativa pueden verse en I. CAMÓSVICTORIA, “La polémica determinación del orden jurisdiccional competente (social, contencioso-administrativo o civil) en los supuestos de indemnización de daños y perjuicios causados por o con ocasión de la prestación de asistencia sanitaria. La incidencia que sobre esta cuestión puede ocasionar la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *Aranzadi Social*, julio de 1999, págs. 87 y ss. Este autor, además de considerar que nos encontramos ante una materia propia de Seguridad Social y que, por tal motivo, debería haberse atribuido al orden social el conocimiento y la resolución de las controversias que sobre

“La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.”

C) Criterios del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción y de la Sala de Conflictos de Competencia

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, no sin ciertas vacilaciones, ha ido elaborando una doctrina importante en relación con el tema que hoy nos ocupa²²; doctrina de la que no siempre se han hecho eco los órganos jurisdiccionales y ni siquiera el propio Tribunal Supremo.

Ya la Sentencia de este Órgano de 22 de diciembre de 1995 (RJA 1995, 9776), referente a hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, resuelve a favor de la Administración General del Estado el conflicto planteado entre ésta y el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Granada como consecuencia de los daños acaecidos en un accidente de circulación al colisionar un vehículo contra un murete de fábrica en la mediana de una carretera nacional. Se apoya la Sentencia en la unificación de fuero que ha tenido lugar en materia de responsabilidad patrimonial por la Ley 30/1992 y señala que, tras la entrada en vigor de la misma, los particulares deben acudir al

**EL TRIBUNAL DE CONFLICTOS
DE JURISDICCIÓN HA IDO
ELABORANDO UNA
IMPORTANTE DOCTRINA DE
LA QUE NO SIEMPRE SE
HAN HECHO ECO
LOS ÓRGANOS
JURISPRUDENCIALES,
NI TAN SIQUERA
EL TRIBUNAL SUPREMO**

las mismas se planteen, ha puesto el acento sobre la, a su juicio, dudosa constitucionalidad del precepto legal. En este sentido, señala lo siguiente: “Esta nueva disposición adicional duodécima, pone fin tal y como se establece en la propia Exposición de Motivos, al problema relativo a la disparidad de criterios jurisprudenciales sobre el orden competente para conocer de estas indemnizaciones cuando el daño se produce en relación con la asistencia sanitaria pública, atribuyéndole la competencia al orden contencioso-administrativo, salvo que pueda llegar a considerarse que la Ley 4/1999, se extra-limita en su contenido, al no haber tenido en cuenta lo establecido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 224/1993, de 1 de julio, donde expresamente se afirma que: ‘la determinación genérica de la competencia de los distintos órdenes jurisdiccionales es cuestión reservada a la Ley Orgánica por el artículo 122 CE’, de modo que si bien cabe que el legislador ordinario concrete las materias específicas objeto de conocimiento de tales órdenes, no puede excepcionar frontalmente o contradecir el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la Ley Orgánica”.

(22) Ha destacado las posibilidades que ofrece el mecanismo del conflicto competencial entre Administración y Órgano jurisdiccional, M. URIARTE RICOTE, “El conflicto de competencia planteado por la Administración al Juez Civil o Social como mecanismo unificador (hacia la jurisdicción contencioso-administrativa) en materia de responsabilidad administrativa”, *Revista de Administración Pública*, número 113, mayo-agosto 1997, págs. 265 y ss.

procedimiento de reclamación en ella regulado, desarrollado por el Reglamento de 1993, sin que quepa acudir a la reclamación previa a la vía jurisdiccional civil o laboral.

Nos ha parecido especialmente relevante la doctrina que se sienta, entre otras, en Sentencias como la de 17 de diciembre de 1997²³, que analiza el supuesto de una acción ejercitada frente al Ayuntamiento de Roquetas, su aseguradora de responsabilidad civil y frente a la empresa contratista de las obras presuntamente causante de los daños que se alegaban. Esta Sentencia, sin desechar completamente la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo relativa a la improcedencia de separar la continencia de la causa cuando se demanda conjuntamente a una Administración en concurrencia con particulares, postula que ha de estudiarse cuál sea la posición del particular en relación con el funcionamiento del servicio público, porque en el caso de que la posición del particular se inserte en el propio funcionamiento del servicio público, la competencia para conocer de las reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial corresponderá primeramente a la propia Administración y después al orden contencioso-administrativo²⁴.

(23) Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 35, de 10 de febrero de 1998.

(24) Dado su interés, transcribimos los Fundamentos de Derecho tercero y cuarto de dicha Resolución:

“Tercero.— Dado que el Ayuntamiento en cuestión defiende su propia competencia para resolver en la vía administrativa sobre el fondo del asunto, lo que hay que decidir en el presente conflicto es si puede demandarse directamente en la vía civil a un Ayuntamiento basándose en daños sufridos en la circulación de un vehículo imputables a una mala señalización de una vía pública, o si esa reclamación debe formularse directamente ante la Administración municipal, dando lugar a la incoación del correspondiente procedimiento administrativo. En relación con lo que se acaba de indicar hay que decir que este Tribunal, en la sentencia de 23 de octubre último antes mencionada, puso de relieve que la mayoritaria jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido que la pluralidad de eventuales responsables en un accidente de circulación puede llevar a atribuir el conocimiento exclusivo a la jurisdicción civil y no a la Administración cuando los daños que dan pie a la acción resarcitoria se imputan a un ente público y a sujetos particulares, dando lugar a un litis consorcio pasivo, y ello por la vis atractiva de la jurisdicción del orden civil y el carácter residual de la misma (artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y sentencias de 22 de noviembre y 17 de diciembre de 1985, entre otras). Sin embargo, según dijo también este Tribunal en la indicada sentencia de octubre último, la mencionada doctrina jurisprudencial, anterior a la vigencia de la Ley 30/1992, no puede aceptarse con tal rigidez ni seguirse de un modo tan mecánico que se excluya la ponderación de los términos en los que la actuación del particular demandado se halle colocada en relación con el funcionamiento del servicio público que esté en la causa del resultado lesivo producido, habiéndose de diferenciar el caso de una convergencia eventual de la acción del particular y del funcionamiento del servicio público (por títulos distintos e inconexos entre sí), en la causación del resultado dañoso, del caso en que “la posición del particular se inserta en el propio funcionamiento del servicio público. Esto último acontece cuando el particular demandado no actúa propiamente en su condición de tal particular, sino como agente de la Administración titular del servicio público o cuando la sociedad particular demandada figura incorporada a la esfera de prestación del servicio público en concepto de contratista del ente administrativo demandado” (sentencia de 20 de junio de 1994 de este Tribunal).

Cuarto.— Es este supuesto el que acaba de hacerse referencia en el fundamento anterior el que se da en el presente conflicto y en el examinado por la repetida sentencia de 23 de octubre del presente año, pues no existe una posible dualidad de responsabilidades, una patrimonial de la Administración, derivada del artículo 106 de la Constitución y la normativa legal que lo desarrolla, y una civil extracontractual de unos particulares, al margen de la Administración con base en el artículo 1902 y concordantes del Código Civil (...). No se trata, pues, de

Por su parte, y dentro del ámbito de la responsabilidad por asistencia sanitaria, presenta especial interés el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia de 7 de julio de 1994 (RJA 1994, 7988). La citada Resolución resuelve a favor de la primera el conflicto existente entre la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y un Juzgado de lo Social de Barcelona. Para este Auto, la unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial a la que se vuelve con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se desprende de un triple y combinado orden de razonamientos: en primer lugar, de la derogación del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 a la que antes nos hemos referido; en segundo lugar, de la afirmación del principio de responsabilidad directa de las Administraciones Públicas cuando actúen en relaciones de Derecho privado —artículo 144—; y, por último, de la clara dicción del artículo 142.6 cuando establece que la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa, expresiones que denotan, por sí mismas, la sumisión ulterior al enjuiciamiento de la cuestión a los órganos del orden contencioso-administrativo²⁵.

A pesar de la contundencia del citado Auto²⁶ y de que su doctrina se ha seguido aplicando en otros pronunciamientos posteriores de esa misma Sala²⁷, la Sala de lo Social del

una diversidad de causas que puede llevar a una pluralidad de responsabilidades repartible en sus respectivas cuotas, sino de una unidad de causa, y de la imputación subjetiva plural de esa única causa tanto a la entidad contratista como a la Administración municipal titular de la vía pública. Al tratarse, por tanto de una lesión patrimonial sufrida como consecuencia del funcionamiento de un servicio público, resulta de aplicación lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y es competente *ab initio* para resolver la Administración municipal, al haber desaparecido, como recuerda la sentencia de este Tribunal de 22 de diciembre de 1995, la posibilidad de la acción jurisdiccional autónoma de resarcimiento que permitía la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Por ello resulta plenamente aplicable al caso la doctrina sentada en la sentencia de este Tribunal de 20 de junio de 1994, y seguida por la tan mencionada de 23 de octubre último, según la cual al ser dominante el funcionamiento del servicio público en el origen causal del daño alegado —aunque medie la interposición de un contratista— corresponde a la Administración la competencia para conocer y resolver sobre la reclamación de indemnización por daños consecuentes al funcionamiento de un servicio público del que es titular. Y esta competencia de la Administración, como también se dijo en la indicada sentencia del presente año, existe aunque pudiera entenderse que, de acuerdo con el artículo 134 del Reglamento General de Contratación, sean de cuenta del contratista los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiere la ejecución de las obras. La responsabilidad directa y principal del contratista no es obstáculo para que sea la Administración la que, oído el contratista, haya de decidir sobre la procedencia de la indemnización, su cuantía y la parte responsable, decisión administrativa que vinculará al contratista. Corresponde a la Administración determinar en vía administrativa la responsabilidad del contratista derivada del funcionamiento de un servicio público y, desde luego, en todo caso, cuando ello pueda suponer algún tipo de imputación de responsabilidad de la Administración, como además se ha pretendido de forma directa en la demanda civil.”

(25) Vid. las consideraciones críticas al citado Auto, defendiendo la nula eficacia innovadora de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que efectúa V. CONDE MARTÍN DE HIJAS, “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y asistencia sanitaria”, *Actualidad Laboral*, 1995-1, págs. 475 y ss.

(26) No obstante, el mismo contiene un voto particular en el que se sostiene el criterio a favor del orden jurisdiccional social.

(27) Así, los Autos de 18 de marzo de 1997 (RJA 1998, 1305 a 1312), de 4 de julio de 1997 (RJA 1998, 1314 a 1318), de 18 de diciembre de 1997 (RJA 1998, 1326) o de 29 de junio de 1998 (RJA 1998, 7347), este último sin voto particular alguno.

Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de julio de 1995 (RJA 1995, 5488), constituida en Sala General, apartándose abiertamente de la doctrina de la Sala de Conflictos de Competencia e introduciendo una mayor dosis de incertidumbre, si cabe, declara que el orden jurisdiccional social es el competente para el conocimiento de las reclamaciones de daños y perjuicios causados por o con ocasión de la prestación de asistencia sanitaria²⁸.

Dicha Sentencia considera que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no alteró el régimen aplicable sobre atribución de competencias al orden social, puesto que en el asunto que está enjuiciando se resuelve una “acción derivada de la defectuosa asistencia sanitaria ofrecida a un beneficiario de la Seguridad Social, en el ámbito de una prestación comprendida en la acción protectora del sistema de Seguridad Social (artículo 38 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), ya que se reclama, en definitiva, las consecuencias de una prestación en que se ha producido, según se dice, una actuación negligente de los servicios médicos de la Entidad Gestora de la Seguridad Social que ha ocasionado el incumplimiento debido de la prestación sanitaria”.

En la situación descrita, a pesar de la consideración mayoritariamente aceptada de la consagración de la unidad jurisdiccional operada por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, lo cierto es que tanto la Sala de lo Civil como la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se habían negado a dejar de conocer de pleitos en materia de responsabilidad patrimonial frente a la Administración utilizando para ello unos argumentos que, si bien pudieran resultar discutibles, se habían ido generalizando en cada uno de los órdenes jurisdiccionales, dando todo ello lugar a una situación verdaderamente lamentable para el justiciable y para los operadores jurídicos a la hora de tener que elegir entre diversos órdenes jurisdiccionales para hacer valer su reclamación.

IV. OTRA VUELTA DE TUERCA: LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Como ya hemos dicho, consideramos que la unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial había sido reinstaurada por medio de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. No obstante, el fracaso de dicha unificación en su aplicación práctica y el hecho de que los pleitos en materia de responsabilidad patrimonial fueran más numerosos ante los órdenes jurisdiccionales civil y social que ante el propio contencioso-administrativo, llevaron al legislador de 1998 a tratar de atar cuantos cabos pudieran quedar sueltos y evitar cualquier tipo de interpretación contraria a esta unidad jurisdiccional que

(28) Esta Resolución ha sido objeto de múltiples comentarios por parte de la doctrina. A modo de ejemplo, A. DE PALMA, “El lamentable peregrinaje jurisdiccional entre el orden social y el contencioso-administrativo en materia de reclamaciones de indemnización por daños derivados de la deficiente asistencia sanitaria de la Seguridad Social (Sentencia de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1995)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 89, 1996, págs. 135 y ss. Por su parte, R. PANTALEÓN PRIETO, “Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, número XIV, 1996, lo califica gráficamente como rebelión de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

se proclama en unos términos absoluta y rotundamente claros²⁹, llegando incluso a zanjarse uno de los argumentos más sólidos con los que contaba el orden jurisdiccional civil para autoafirmar su propia competencia cual era la concurrencia de sujetos privados en la producción del daño, estableciéndose la posibilidad de que éstos puedan ser demandados ante el propio orden jurisdiccional contencioso-administrativo³⁰.

La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio, señala en su Exposición de Motivos en relación con este tema lo siguiente:

“Los principios de su peculiar régimen jurídico (de la Administración Pública), que tiene cobertura constitucional, son de naturaleza pública y hoy en día la Ley impone que en todo caso la responsabilidad se exija a través de un mismo tipo de procedimiento administrativo. Por eso parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal.”

LA LEY 29/1998, DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, PROCLAMA ROTUNDAMENTE LA UNIDAD JURISDICCIONAL PARA EVITAR LA DISPERSIÓN DE ACCIONES QUE EXISTÍA

El artículo 2.e) de la Ley de la Jurisdicción dispone lo siguiente:

“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten con: e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.”

(29) A pesar de ello, no ha sido excesivo el optimismo con que se vislumbran estas reformas legales. Así, se ha aventurado “un pronóstico del futuro incierto que le espera a esta voluntad del legislador tan clara y potentemente expresada”, J.M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, *La nueva regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Ponencia impartida en La Coruña el día 15 de julio de 1998.

(30) El “futuro incierto” al que antes aludíamos se pone de manifiesto con determinadas interpretaciones de los preceptos a los que ahora nos referiremos y que minimizan los efectos de los mismos. Así, J.A. XIOL RÍOS y Y. BARDAJÍ PASCUAL, “Cincuenta notas de urgencia para la aplicación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 373, 14 de enero de 1999; quienes señalan: “El particular podrá comparecer en el pleito administrativo como interesado codemandado, pero no ser directamente condenado. Las demás soluciones posibles deben desecharse por absurdas (...) Tampoco puede admitirse (...) que el recurso contencioso-administrativo contra la resolución administrativa denegatoria deba dirigirse *ex novo* también contra los particulares concurrentes a la producción del daño en calidad de codemandados, cosa que supondría aplicar el proceso contencioso-administrativo para algo para lo que no está previsto: la condena de un particular en una relación de derecho privado”.

El citado precepto debe ponerse en conexión con la importante modificación introducida en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial³¹. Según este artículo, el orden contencioso-administrativo conocerá también de “las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de la que derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional”.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial nos aclara que por “sujetos privados hay que entender aquellos que no estén al servicio de los poderes públicos actuantes en cada situación; la responsabilidad de quienes sí lo están se exigirá, en todo caso, en los términos de la Ley 30/1992”.

Como puede observarse, el mandato del legislador es terminante y claro. A partir de la entrada en vigor de tales normas, en ningún caso, podrán conocer la jurisdicción civil o social de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza o el tipo de relación del que derive; ni siquiera en los supuestos de concurrencia de otros sujetos a la producción del daño.

Se ha puesto de manifiesto³², eso sí, las dificultades tanto a nivel práctico como teórico que pueda implicar esta nueva regulación dada la convivencia en un mismo proceso de dos o más codemandados que van a responder de dos clases de responsabilidad: por un lado la Administración o sus agentes, por medio de la responsabilidad objetiva consagrada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre; y por otro, los sujetos privados en sentido estricto que van a responder por el artículo 1902 del Código Civil.

Otros riesgos que hasta ahora no se habían advertido, puesto que la situación era la contraria, y a los que puede dar lugar esta regulación son los del conocimiento por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa de diversas acciones contra particulares por el mero hecho de que se hubiera advertido una intervención, aun parcial y limitada, de la Administración en la producción del daño³³.

La doctrina, por su parte, se ha preocupado de señalar cuáles son los casos relacionados con esta materia en que sigue siendo competente el orden civil. Siguiendo a MARTÍN REBOLLO, cabe distinguir cuatro supuestos:

(31) Dicha modificación se introduce por medio de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio.

(32) J.M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, *La nueva regulación...*, ob. cit.

(33) J. ESTEVE PARDO, Comentario al artículo 2 de la Ley en la obra colectiva dirigida por J.M. SANTOS VIJANDE, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Edersa, Madrid, 1999, págs. 68 y ss.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

- 1) Daños producidos por empresas públicas, por las llamadas sociedades de ente público. Entes que no son Administración y que gozan de una personificación privada.
- 2) Daños derivados de la actividad estrictamente privada y ajena al servicio de los funcionarios y agentes públicos.
- 3) Supuestos en que la Administración tiene asegurada su actividad y el perjudicado se dirige exclusivamente contra la entidad aseguradora en virtud de la acción directa del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro.
- 4) Finalmente y en relación con el discutido tema de los daños producidos por concesionarios y contratistas, el citado autor considera que nada impide que el perjudicado dirija su acción exclusivamente contra el concesionario o contratista ante el orden civil, pero en este caso, habrá de renunciar a dirigirse frente a la Administración que a partir de ahora, resulta claro que no puede ser demandada civilmente ni sola ni con el concesionario.

V. LA RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS TRAS LAS REFORMAS OPERADAS EN 1998 Y 1999

Tal y como ya señalamos con anterioridad, con la redacción originaria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se permitía al perjudicado dirigir su acción de resarcimiento directamente contra la autoridad, funcionario o empleado público causante material del daño “de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente”, esto es, de acuerdo con el principio general de la responsabilidad por culpa del artículo 1902 del Código Civil.

Una de las novedades que incorpora la reforma del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se refiere al personal al servicio de la Administración. El citado artículo dispone que la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para conocer no sólo de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, sino también de las que se planteen en relación con la responsabilidad patrimonial del personal a su servicio. De tal manera que a partir de este momento, ante una pretensión esgrimida frente a un funcionario público y planteada ante el orden civil, procede que por parte del Juzgado correspondiente se declare la incompetencia de la jurisdicción civil, con el señalamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa como competente³⁴.

(34) Circunscribiéndolo al ámbito sanitario, J. SISO MARTÍN, “El enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial. Nueva regulación. Especial mención de la responsabilidad sanitaria”, *Revista Poder Judicial*, número 54, págs. 473 y ss.; señala: “En términos estrictos en lo sucesivo un médico de la sanidad pública no volverá a ser juzgado ante un tribunal civil, por su responsabilidad sanitaria, pues si se presenta una demanda contra aquél, ante esta jurisdicción, el Juez está legalmente obligado a inhibirse a favor de la jurisdicción contenciosa a la que remitirá la demanda”.

Por su parte, a partir de la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y tal y como indica el apartado primero del artículo 145, “los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”. Ello sin perjuicio de que posteriormente la Administración tenga que exigir de oficio de las autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo o culpa o negligencia graves.

Se clarifica con ello el régimen de exigencia directa de responsabilidad a la Administración, y, en concordancia con ello, en la Disposición Derogatoria se derogan la Ley de 5 de abril de 1904 y el Real Decreto de 23 de septiembre de 1904, relativos a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos. Normas que preveían una acción autónoma de responsabilidad dirigida frente a los funcionarios públicos y no frente a la propia Administración.

Se ha planteado la duda de si a partir de esta regulación el particular, que en todo caso habrá de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, puede demandar conjuntamente a la Administración y al funcionario o agente público o bien únicamente habría de demandar a la Administración y no al funcionario cuya responsabilidad únicamente se haría efectiva en vía de regreso por parte de la Administración que, en su caso, se haya visto obligada a indemnizar.

Entendemos que con la reforma de la Ley 30/1992, llevada a cabo por la Ley 4/1999 es la Administración la responsable directa y exclusiva de reparar el daño frente al perjudicado. Únicamente si la Administración indemniza podrá dirigirse en vía de regreso frente al funcionario o agente público si concurriera dolo o culpa o negligencia graves y previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca³⁵.

Ello no obstante, se ha defendido por algunos autores la posibilidad e incluso la conveniencia de que el funcionario o agente público pueda personarse en el procedimiento contencioso en el que se está ventilando la responsabilidad de la Administración por cuanto es evidente que a la hora de declararse la responsabilidad de la Administración, pueden incluirse pronunciamientos respecto de tales funcionarios o agentes que en su momento pueden, en su caso, prejuzgar la derivación de la responsabilidad de este personal en los términos a los que se refiere el nuevo artículo 145.2 de la Ley 30/1992³⁶.

(35) Ésta es la opinión entre otros de J. LEGUINA VILLA, “Responsabilidad patrimonial de la Administración y unidad jurisdiccional”, *Revista Justicia Administrativa*, número extraordinario 1999, págs. 11 y ss. Vid. también los comentarios de este mismo autor al artículo 2.e) de la Ley Jurisdiccional en el número especial dedicado a los *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* de 1998, *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 100, octubre-diciembre 1998, págs. 102 y ss.

(36) Vid. las consideraciones a este respecto que efectúa J. SISO MARTÍN, “El enjuiciamiento de la responsabilidad...”, ob. cit., págs. 478 y ss.

Es decir, al funcionario público puede interesarle que en ese procedimiento quede clara su actuación diligente por cuanto en el caso de que sea declarada la responsabilidad de la Administración, ésta habrá de repetir frente a él a través de un procedimiento en que el análisis de la diligencia desplegada por el funcionario va a ser relevante a la hora de dilucidar su propia responsabilidad.

VI. DEDUCCIÓN DE PRETENSIONES FRENTE A PARTICULARES CONJUNTAMENTE CON LA ADMINISTRACIÓN

La segunda de las novedades que aporta la reforma del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial consiste en atribuir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de aquellos supuestos de concurrencia de responsabilidad entre Administración y sujetos privados.

Se trata como puede comprenderse fácilmente de una cuestión de extraordinaria importancia no sólo por tratarse de una regla coherente con la prohibición establecida en el artículo 2.e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en virtud de la cual y en esta materia la Administración no puede ser demandada ni en vía civil ni en vía social; sino porque igualmente afecta a la propia naturaleza del recurso contencioso-administrativo, que deja de concebirse como un instrumento de naturaleza netamente revisora del actuar de la Administración. Como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, “Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos”³⁷.

Ya hemos señalado con anterioridad la nueva redacción del párrafo segundo del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en virtud del cual, cuando a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En relación con este asunto ha de

**ES POSIBLE, INCLUSO
CONVENIENTE, QUE EL
FUNCIONARIO SE PERSONE
EN EL PROCEDIMIENTO
CONTENCIOSO
EN EL QUE SE VENTILA
LA RESPONSABILIDAD DE
LA ADMINISTRACIÓN**

(37) Vid. P. SALA SÁNCHEZ, J.A. XIOL RÍOS y R. FERNÁNDEZ MONTALVO, *Práctica Procesal...*, ob. cit. págs. 1.386 y ss.; que señalan: “La primera de estas cuestiones puede calificarse como de extraordinaria trascendencia dentro del concepto general del proceso contencioso-administrativo puesto que implica no sólo una ampliación de la legitimación pasiva, sino un cambio en la tradicional naturaleza meramente revisora de la actuación administrativa que caracterizaba a la jurisdicción contenciosa. Nos estamos refiriendo a la posibilidad de que los particulares sean también codemandados en la vía contenciosa en reclamaciones de responsabilidad dirigidas contra cualesquiera Administraciones Públicas”.

advertirse igualmente que el concepto de codemandado que ofrece la nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo ya no los sitúa y define, como ocurría con los codemandados o coadyuvantes a los que se referían los artículos 29 y 30 de la anterior Ley Jurisdiccional, en función de su relación con el acto administrativo previo; sino que el artículo 21.1.b) de la actual Ley Jurisdiccional considera parte demandada a “Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante”.

Por lo tanto, a partir de ahora, como consecuencia de lo dispuesto en el último inciso del apartado 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el orden jurisdiccional civil no podrá acudir al argumento de la *vis atractiva* para afirmar su competencia, por cuanto específicamente se ha consagrado que incluso ante la existencia de particulares a los que se pudiera imputar el presunto daño causado, la competencia corresponderá en todo caso al orden contencioso-administrativo³⁸. Sin perjuicio, entendemos, de que el perjudicado pueda acudir ante el orden civil demandando únicamente al particular presuntamente responsable, pero renunciando a demandar ante este orden a la Administración, por cuanto se lo prohíbe el artículo 2.e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Es importante destacar en este momento que los parámetros con los que tendrá que operar el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo para enjuiciar la responsabilidad de cada uno de los presuntos corresponsables va a ser distinto según se trate de la Administración o de los sujetos privados. Así, mientras que la Administración responde de manera objetiva y directa de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, preceptos que son el título de imputación de la responsabilidad administrativa; en relación a los particulares, por el contrario, habrá de analizarse su eventual responsabilidad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil, precepto que aún a pesar de la creciente tendencia a la objetivación parte de una clara base culpabilística.

La Sentencia que ponga fin al proceso, una vez analizada la responsabilidad de cada uno de los presuntos corresponsables a la vista de los criterios que marcan el régimen jurídico de su respectiva responsabilidad, podrá declarar la inexistencia de responsabilidad o bien podrá declarar la responsabilidad únicamente de la Administración, la responsabilidad tanto de la Administración como del sujeto o sujetos privados corresponsables, como igualmente declarar únicamente la responsabilidad del sujeto o sujetos privados, quien resultará condenado a abonar la indemnización que, en su caso, pudiera fijarse³⁹.

(38) Ya se han producido algunos pronunciamientos por parte de las Audiencias Provinciales aplicando estos nuevos criterios legales. En este sentido, podríamos citar, entre otras, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca de 25 de junio de 1999 (Aranzadi Civil 1999, 1478) o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 3 de septiembre de 1999 (AC 1999, 1854).

(39) Esta opinión doctrinal mayoritaria, *vid.* entre otros, J. LEGUINA VILLA, “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...”, *ob. cit.*, pág. 104; no obstante, no es compartida por todos: J.A. XIOL RÍOS y Y. BARDAJÍ PASCUAL, “Cincuenta notas de urgencia...”, *ob. cit.*

Otra de las cuestiones que se plantean en este punto y que resultan de especial interés es cuál haya de ser, siempre que la misma resulte posible, la intervención del particular presuntamente responsable en el procedimiento no judicial sino administrativo y previo para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración y que se tramita como ya sabemos ante la propia Administración presuntamente responsable.

Es evidente que esta intervención siempre será posible por cuanto el mismo ostenta la condición de interesado⁴⁰. Ahora bien, cabe preguntarse si cabe, en el marco de dicho procedimiento administrativo, la posibilidad de imputar el daño a un particular⁴¹ así como decidir sobre la cuantía indemnizatoria. La doctrina más autorizada ha venido entendiendo que a pesar de que este procedimiento aseguraría la audiencia del particular presuntamente responsable con plenas posibilidades de alegación, defensa, medios probatorios, etc.; lo cierto es que se conculcaría un principio esencial del Estado de Derecho: la decisión de una cuestión civil —como es la responsabilidad de un particular por culpa o negligencia, según el artículo 1902 del Código Civil— por la Administración Pública, “sustituyendo a los Tribunales del orden civil, únicos con jurisdicción para conocer de los litigios entre particulares, y decidiendo ejecutivamente lo que únicamente sería procedente en sentencia firme dictada en un proceso civil con todas las garantías”⁴².

Nos interesa subrayar ahora que si bien puede resultar novedoso el hecho de que por parte de los Tribunales del orden contencioso-administrativo⁴³ se vaya a decidir la responsabilidad civil de particulares frente a las reclamaciones que formulen otros particulares, ha de tenerse en cuenta que el régimen jurídico sustantivo aplicable será el propio de cada ámbito de actuación, tal y como ya dijimos con anterioridad: artículo 1902 del Código Civil respecto de los sujetos privados y artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, respecto de las Administraciones Públicas.

(40) El concepto de interesado aparece enunciado en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

(41) Nos estamos refiriendo a un particular propiamente dicho y no a un concesionario o contratista, cuya intervención se prevé en el artículo 1.3 del Reglamento 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

(42) J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, ob. cit., pág. 208.

(43) J.M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, *La nueva regulación...*, ob. cit., critica la no atribución de esta materia al ámbito competencial de los nuevos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo así como su no tramitación por el procedimiento abreviado, señalando: “(...) ha sido una verdadera oportunidad perdida, para utilizar este procedimiento abreviado a la hora de dar una solución rápida y eficaz a este tipo de reclamaciones que, desde el punto de vista humano y social, bien pueden calificarse de urgentes”.

VII. LA INTERVENCIÓN DE COMPAÑÍAS ASEGURADORAS: EL AUTO DE LA SALA DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE DICIEMBRE DE 2001

Uno de los sujetos que frecuentemente aparecerán como codemandados en los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial van a ser las compañías aseguradoras⁴⁴.

Como se sabe, en virtud de la acción directa prevista en el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, los perjudicados podrán dirigirse directamente frente a la compañía. Entendemos que, en estos casos y siempre que se demande únicamente a la compañía aseguradora o a ésta y a otros sujetos privados, la competencia es del orden civil.

Ahora bien, si además de los anteriores el particular lesionado decide dirigir su acción también frente a la Administración Pública presuntamente responsable y cuyo riesgo ha sido asegurado, la competencia, a nuestro juicio, claramente parece que habría de recaer en el orden contencioso-administrativo; supuesto que probablemente será frecuente para evitar los riesgos de que por un defecto en el aseguramiento el particular finalmente no obtuviese la indemnización y tuviera que iniciar otro procedimiento, esta vez fiscalizable en vía contencioso-administrativa, dirigido frente a la Administración responsable.

No obstante, esta conclusión no parece tan clara tras la lectura del Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001, que ha venido, nuevamente, a sembrar serias dudas sobre una materia que parecía definitivamente clarificada.

El supuesto de hecho que analiza el citado Auto es el de una menor que encontrándose en el vestíbulo de la estación de ferrocarril de Sants (Barcelona) sufre una caída al tomar el tren, perteneciente a la “Red Nacional de Ferrocarriles Españoles” (RENFE), lo que le provocó lesiones, que la llevan a reclamar la indemnización correspondiente; dirigiendo su acción tanto frente a RENFE como igualmente frente a la entidad aseguradora.

Lo anterior da lugar a un conflicto de competencias entre un Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo y un Juzgado de Primera Instancia, que va a resolver la citada Sala del Tribunal Supremo declarando la competencia de la jurisdicción civil en este supuesto. Sus razonamientos son los siguientes:

(44) En relación con esta materia nos parecen especialmente interesantes los siguientes trabajos: E. GAMERO CASADO, “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 103, págs. 357 y ss.; P.J. TORRENT I RIBERT, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Especial consideración de la derivada del uso de las vías públicas. El seguro de responsabilidad civil de los entes públicos*, Mapfre, Madrid, 1995; G. ITURMENDI, *La responsabilidad patrimonial de la Administración desde la perspectiva de la gerencia de riesgos*.

“Sin desconocer la polémica doctrinal que este singular y especialísimo supuesto ha originado, al no estar contemplada, de forma expresa, la presencia de las compañías aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo⁴⁵, dada su especial naturaleza, cuando se exige la responsabilidad patrimonial de una Administración Pública, lo razonable es, mientras la Ley no recoja, como ha hecho con los sujetos concurrentes a la producción del daño, una llamada expresa al proceso contencioso, mantener, en este supuesto, la tradicional y ya clásica *vis atractiva* de la jurisdicción civil, reconocida en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando establece: ‘Los Juzgados y Tribunales del orden civil conocerán, además de las materias que le sean propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional’.

De lo contrario, se obligaría al perjudicado a entablar dos procesos distintos, ante dos jurisdicciones diferentes, la civil para la compañía aseguradora, y la contencioso-administrativa para la Administración. Tal alternativa, al margen de los problemas de economía procesal, riesgo de resoluciones no del todo acordes en ambos órdenes jurisdiccionales, provocaría una merma de las garantías del ciudadano y, en último término, un debilitamiento de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.”

Este pronunciamiento nos vuelve a poner de manifiesto que la cuestión en modo alguno puede considerarse cerrada y que continuará generando vivas polémicas doctrinales y entre órganos jurisdiccionales al respecto. A nosotros nos parece criticable porque entendemos que lleva a cabo una interpretación que vulnera claramente el contenido del artículo 2.e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cuando dispone que las Administraciones Públicas no podrán ser demandadas como consecuencia de la responsabilidad patrimonial ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.

Tendremos que confiar que se produzca una rectificación de la doctrina contenida en el citado Auto por la Sala de Conflictos, si bien, los primeros autores que se han ocupado

**UN AUTO DE LA SALA
DE CONFLICTOS
DE COMPETENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
RECONOCE *VIS ATRACTIVA*
DE LA JURISDICCIÓN CIVIL
CUANDO SEAN DEMANDADAS
COMPAÑÍAS ASEGURADORAS
FRENTA A LA
ADMINISTRACIÓN**

(45) Recordemos, que el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial determina que “Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional”. La Sala de Conflictos parte de la base de que la entidad aseguradora no comparece en el proceso por haber concurrido a la producción del daño, sino como contratante de una póliza de seguro.

del tema han apuntado ya la necesidad de llevar a cabo una modificación legislativa en la materia⁴⁶.

VIII. LA RESPONSABILIDAD CONCURRENTE DE VARIAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Es un hecho la posibilidad de que un mismo evento lesivo haya sido generado por diversas concausas o que en el mismo hayan tenido influencia la actuación o incluso la inactividad de diversos sujetos que pueden ser públicos o privados.

La diversidad de títulos competenciales con los que cada Administración puede actuar en una materia concreta o el hecho de que determinadas actuaciones requieran de diversas instancias administrativas para gozar de virtualidad, por ejemplo, los planes urbanísticos que requerirán no sólo la aprobación por parte de la correspondiente Entidad local sino igualmente la aprobación de la Administración Autonómica; va a dar lugar previsiblemente a reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial dirigidas frente a dos o más Administraciones Públicas.

La regulación de la responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas se encuentra en el artículo 140 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, precepto que ha sido objeto de modificación por la Ley 4/1999, de 13 de enero, con el propósito, según indica su Exposición de Motivos, de ampliar la regulación de esta materia así como de distinguir el régimen de las actuaciones conjuntas de otros supuestos de concurrencia.

Dicho precepto dispone:

“1. 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 intervinientes responderán de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas.

2. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de

(46) J.E. SORIANO GARCÍA, “Asunto Biet Bernal: un pequeño Arrêt Blanco en nuestra justicia. ¿Vuelta a la responsabilidad de la Administración a la Jurisdicción Civil?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 115, julio-septiembre 2002, págs. 399 y ss., quien señala:

“Este desliz del Legislador al olvidar la integración en la jurisdicción contencioso-administrativa de los aseguradores, deberá corregirse, ya que la unidad de fuero es siempre una garantía, comodidad y economía en la resolución de todos los asuntos, al permitir una sólida y única doctrina jurisprudencial. Además, abierta la brecha, podría llegarse a una expansión renovada de la jurisdicción civil en los casos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Por ello, una reacción legislativa a esta omisión parece deseable.”

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.”

Ha de tenerse en cuenta que con el cambio introducido, la regla general en los supuestos de concurrencia no es ya la solidaridad, tal y como indica el apartado número dos del precepto sino que habrá de estudiarse a fondo la competencia de cada una de las Administraciones en la materia, el interés público tutelado así como la intensidad en la intervención de cada una de ellas para fijar las respectivas responsabilidades; de tal manera que no podrá acudir al fácil recurso a la solidaridad hasta no haber agotado dicho análisis y llegar a la conclusión de que tal determinación no resulta posible; sobre todo porque la ausencia de dicho análisis exhaustivo puede dar lugar a resultados injustos.

En este mismo sentido, se ha señalado que “La buena aplicación de técnicas bien formadas para la determinación de la responsabilidad de cada una de las Administraciones concurrentes en la producción del daño, es fundamental no sólo para ajustar bien las garantías que corresponden a los ciudadanos, sino también para no conmocionar al funcionamiento de las Administraciones Públicas, descargando sobre una sola de ellas los efectos de una lesión producida en común”⁴⁷.

IX. CONCLUSIONES

Tras las consideraciones que acaban de exponerse, consideramos que tras las reformas procesales de 1998 y 1999 nos encontramos en un momento óptimo para que la unificación de las reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial frente a la Administración que ya se había producido, a nuestro juicio, en el año 1992, se haga ahora verdaderamente real y efectiva.

En este sentido, la superación de la concepción del recurso contencioso-administrativo como un instrumento de naturaleza meramente revisora de actos administrativos, permite abrir paso a una nueva concepción del mismo que puede dar lugar, incluso, tal y como ya hemos visto, a pronunciamientos condenatorios de particulares haciendo aplicación del régimen jurídico sustantivo que les es propio, esto es, el derivado del artículo 1902 del Código Civil, al resolver las pretensiones indemnizatorias que formulen otros particulares frente a una o varias Administraciones y uno o varios sujetos privados.

(47) S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente...*, ob. cit., pág. 24; señalando más adelante:

“No es posible ya buscar un patrimonio público y declararlo responsable. Uno cualquiera entre los que han intervenido en la producción del daño. Es preciso afinar mucho más el régimen externo (frente a los lesionados) e interno (entre los productores del daño) de la responsabilidad administrativa concurrente.

No hay una sola regla en nuestro ordenamiento que autorice a no discernir, como tantas veces ha hecho hasta ahora la jurisprudencia contencioso-administrativa. In claris: no hay, en el ámbito administrativo en el que hasta ahora se situaba la exposición, una sola regla en la LOFCA de 22 de septiembre de 1980 que permita justificar que el Estado o las Comunidades Autónomas paguen por cuenta de otra Administración lo que no deben o que tengan que indemnizar por daños que no han causado.”

Se ofrece así una regulación coherente con el deseo del legislador de evitar que los órdenes jurisdiccionales civil o social conozcan de las reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial frente a la Administración y se concentre toda esta materia, salvo claro está la que pueda resultar de la comisión de infracciones penales, en el orden contencioso-administrativo.

No obstante, pese a la aparente claridad del sistema, determinados posicionamientos han dado lugar a Resoluciones que han vuelto a abrir una polémica que parecía superada y que, en definitiva, no deja de ser sino un ejercicio de estilo que se traduce en un claro perjuicio para la seguridad jurídica y, en definitiva, para el ciudadano.

X. ADDENDA: LA LEY ORGÁNICA 19/2003, DE 23 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL

La Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, ha llevado a cabo una profunda reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, norma que rige los aspectos fundamentales del Poder Judicial y de la propia Administración de Justicia. Entre las novedades que aporta y por lo que ahora nos interesa, la Ley Orgánica, además de dar una nueva redacción al artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incorpora igualmente una disposición adicional decimocuarta que introduce una serie de modificaciones en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Tales modificaciones, por lo que hace referencia al tema en el que hoy hemos centrado nuestra atención van a implicar, sin ningún género de dudas, la atribución al orden contencioso-administrativo del conocimiento de las reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial aun cuando concurra un seguro de responsabilidad.

Como consecuencia de los vaivenes jurisprudenciales y doctrinales y especialmente como consecuencia del Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 al que antes nos hemos referido, se volvió a poner de manifiesto que la unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en modo alguno podía considerarse conseguida y ya vimos que los primeros autores que se ocuparon del tema tras el famoso pronunciamiento de la Sala de Conflictos de Competencia apuntaban la necesidad de llevar a cabo una modificación legislativa en la materia.

Esta modificación legislativa se aborda ahora (Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre) en un doble plano: en primer lugar, modificando la redacción del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, relativo al ámbito de conocimiento de los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo, que pasa a tener, en lo que ahora nos interesa, la siguiente redacción:

“(…) Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas”.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a la Ley Jurisdiccional, se da una nueva redacción al artículo 2.e) de la Ley, de tal manera que el orden contencioso-administrativo va a conocer de:

“La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aún cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”.

Para cerrar finalmente cualquier atisbo de fisura que pudiera presentar el sistema, se introduce en el apartado primero del artículo 21 de la Ley, relativo a quiénes se considera parte demandada, una letra c), de tal manera que se considerará parte demandada a “Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren”.

Esto es, cuando el particular lesionado decida dirigir su acción no sólo frente a la Administración Pública presuntamente responsable, sino también, en virtud de la acción directa prevista en el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, frente a la compañía aseguradora de la Administración, la competencia va a recaer en el orden contencioso-administrativo⁴⁸.

Por lo tanto y, en definitiva, sin perjuicio de la preferencia que en materia de responsabilidad patrimonial ostenta el orden jurisdiccional penal (artículo 121 del Código Penal) cuando dicha responsabilidad derive de la comisión de ilícitos tipificados penalmente; salvo en estos casos, la unidad jurisdiccional en la materia a favor del orden contencioso-administrativo se proclama ahora en unos términos absoluta y terminantemente claros, tratando el legislador de atar los pocos cabos que todavía podían quedar sueltos, evitando así cualquier tipo de interpretación contraria a esta unidad jurisdiccional.

(48) Ello sin perjuicio de que el particular pueda dirigirse única y exclusivamente frente a la compañía aseguradora, o frente a ésta y otros sujetos privados, en cuyo caso la competencia será del orden civil, solución que abona el contenido de la letra c) del artículo 21.1 de la Ley Jurisdiccional, al señalar que las aseguradoras serán parte codemandada “junto con la Administración a quien aseguren”.

El nuevo artículo 116 de la Constitución Italiana: primeras reflexiones¹

MÓNICA DE ANGELIS

Profesora de
Derecho Administrativo
Universidad de Ancona

Sumario:

I. Introducción II. Constitución Italiana y Constitución española: influencia recíproca.

III. El contenido del artículo 116 del nuevo Título V de la Constitución italiana.

IV. Sugerencias para un estudio en profundidad del artículo 116.

I. INTRODUCCIÓN

No existe duda que las denominadas Reformas Bassanini primero, y el nuevo Título V de la Constitución después, han transformado profundamente el sistema italiano de las autonomías².

(1) Este trabajo (aquí ampliado y corregido) ha sido presentado en la Conferencia “Donatello Serrani” para el año 2002 con el título “Las Regiones con autonomía diferenciada”, Instituto de Ciencias Jurídicas, Facultad de Economía, Ancona 14 de mayo.

(2) Es posible en esta sede resumir los aspectos de la reforma del Título V que no serán considerados en este trabajo o que serán simplemente mencionados: 1) se derrumba el elenco de los entes locales (en la versión precedente se preveía el reparto de la República en Regiones, Provincias y Municipios) de manera que se subraya la fuerte raíz territorial del municipio, que, con base en el principio de subsidiariedad, es el ente más próximo a los ciudadanos. Al municipio se le asigna la titularidad general de las funciones administrativas (municipalismo de ejecución) (art.118). Se prevé, además, la institución en cada región del Consejo de las autonomías locales, con competencias consultivas (art.123). Los entes locales tienen finalmente una autonomía plena, teniendo sólo como límite infranqueable los principios fijados por la Constitución. Se eliminan los controles regionales sobre los entes locales; 2) Se constitucionaliza el status de capital de Italia de la ciudad de Roma, cuyo ordenamiento será objeto de específicas normas estatales; 3) el art. 119 constitucionaliza el federalismo fiscal; 4) Para el caso de graves incumplimientos por parte de las regiones o de los entes locales (por ejemplo: falta de respeto de las normas internacionales, atentado contra la seguridad nacional, la tutela de la unidad jurídica y económica del País y los derechos esenciales de ciudadanía) está prevista una forma de intervención sustitutiva del Estado; 5) vienen anulados los controles estatales sobre las leyes regionales; 6) se constitucionaliza el principio de subsidiariedad junto a los de diferenciación y adecuación.

Para una visión general sobre las reformas regionales después de las leyes Bassanini, véase: A. FERRARA y L.R. SCIUMBATA, *La Riforma dell'ordinamento regionale*, Actas del seminario de Roma de 29 septiembre de 2000, Milán, 2001; R. BIN, “Le potestà

El efecto innovador de las nuevas reglas es tal que probablemente habrá que esperar varios años antes de que el sistema se pueda considerar estable³.

En el ámbito del nuevo ordenamiento constitucional, introducido con la Ley número 3 de marzo de 2001, merece especial mención al art. 116, que postula la fórmula del regionalismo diferenciado⁴. Esta nueva intervención de ingeniería institucional prevé un sistema de autonomía de especialidad difusa y dinámica (que puede evolucionar en el

legislative regionali dalla Bassanini ad oggi, en *Le fonti del diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, a cargo de A. RUGGERI, G. SILVESTRI, Milán, 2001 págs. 129 y ss.

(3) Piénsese en los problemas que se plantean ahora en relación con la interpretación del nuevo artículo 117 que propone una nueva distribución de las competencias entre el Estado y las regiones. La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre este aspecto: Sentencia 407/2002 (ponente Capotosti): en esta sentencia la Corte afirma que la publicación de la ley regional “en violación del reparto constitucional de competencias es por sí misma lesiva de la competencia estatal, independientemente de la producción de efectos concretos y de la realización de consecuencias prácticas”.

Además, no todos los ámbitos materiales especificados en el párrafo segundo del art.117 pueden configurarse “como materia en sentido estricto”: en algunos casos, en efecto, “se trata de una competencia estatal idónea para atribuir una pluralidad de materias”. En materia de medio ambiente, por ejemplo [art. 117.2, letra. s)] se especifica que éste es un valor constitucionalmente protegido en virtud del cual se manifiestan (intereses y) competencias diversas (es materia transversal) que pueden ser (también) regionales: corresponde al Estado la regulación de aquellas materias que necesitan de regulación uniforme en todo el territorio nacional (*standard* de tutela uniforme), si bien la normativa regional puede imponer límites más estrictos de los fijados a nivel estatal en cuanto estén destinados a asegurar un mayor nivel de protección (de esta forma no se verifican los objetivos de protección perseguidos por el legislador estatal).

Sentencia 282/2002 (ponente Onida): el juez constitucional aquí sostiene que “la respuesta al problema de si la ley (regional) respeta los límites de la competencia regional, o bien excede de los mismos, debe llevar, en el marco del nuevo sistema de reparto de la potestad legislativa resultante del Título V [...], no tanto a la búsqueda de un específico título constitucional de legitimación de la intervención regional, como, por el contrario, a la determinación de la existencia de reservas, exclusivas o parciales, de competencia estatal”. En particular la nueva formulación del art 117.3 “manifiesta el intento de una distinción más adecuada entre competencias regionales para regular estas materias y competencia estatal, limitada a la determinación de los principios básicos de la regulación. Esto no significa, sin embargo, que los principios puedan extraerse sólo de las leyes estatales nuevas expresamente dirigidas a tal fin. Especialmente en la fase de transición del viejo sistema de reparto de las competencias, la legislación regional concurrente deberá ser desarrollada con el respeto a los principios fundamentales establecidos por la legislación estatal ya en vigor [...]. Además, la ausencia de instituciones legislativas lleva a la conclusión de que los principios que regulan la materia no pueden no relacionarse, ante todo, con los mismos sistemas constitucionales”. Posteriormente, la Corte constitucional, con relación a los niveles esenciales de las prestaciones conectadas con derechos civiles y sociales [art.117, apartado 2, letra m)] subraya que “no se trata de una materia en sentido estricto” pero es de competencia legislativa estatal con el fin de abarcar todas las materias respecto a las cuales el legislador debe poder establecer normas necesarias para asegurar a todos, sobre todo el territorio nacional, el disfrute de prestaciones garantizadas, como contenido esencial de los derechos civiles y sociales, sin que la ley regional pueda limitarlas o condicionarlas;

Sentencia 376/2002 (ponente Onida): aquí la Corte destaca que la impugnación regional de leyes estatales anteriores a la entrada en vigor del nuevo Título V se resolverá teniendo en cuenta exclusivamente las disposiciones constitucionales del texto anterior a la reforma.

Las sentencias citadas se encuentran en www.giurcost.it/decisioni/index.html.

(4) La doctrina utiliza también los términos “regionalismo asimétrico, regionalismo dual, regionalismo de modelo binario, regionalismo variable”.

futuro); el reparto de competencias es flexible y tiende a desarrollar la específica posibilidad que tienen las regiones para ejercer determinadas funciones.

II. CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: RECÍPROCA INFLUENCIA

En Italia el regionalismo diferenciado no es una novedad: ya el antiguo art. 116 introducía la dicotomía entre regiones de estatuto especial y regiones de estatuto ordinario⁵. Es igualmente conocido, además, que el modelo regional previsto por el Constituyente italiano de 1947 (al margen de la especialidad) ha generado no pocos problemas y ha vivido no pocas dificultades⁶. Quizás es menos sabido que aquel mismo Constituyente se inspiró profundamente en la Constitución española de 1931 para construir el modelo de las autonomías regionales⁷. Conviene, en este sentido, presentar un cuadro resumido de comparación entre el modelo constitucional español de 1931 y el italiano de 1948.

**EL MODELO REGIONAL
PREVISTO POR EL
CONSTITUYENTE ITALIANO
DE 1947 SE INSPIRÓ
PROFUNDAMENTE EN LA
CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
DE 1931**

El art. 131 de la Constitución italiana diseña el mapa de las regiones, estableciendo directamente cuáles son las regiones que forman parte del territorio; al mismo tiempo prevé (art. 132) la posibilidad de fusión entre regiones ya existentes y la creación de otras nuevas (hay que recordar que en el nuevo Título V el art. 131 ha permanecido igual mientras que el art. 132 ha sido modificado en el sentido de dar una mayor importancia a la posición de la población local)⁸. La

(5) Sobre el regionalismo especial previsto en el antiguo art. 116 de la Constitución, véase L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Milán, 2000, págs. 20-29. El autor afirma que (pág. 22) la estructura de base de aquel regionalismo “gira alrededor de dos líneas de desarrollo, conectadas mutuamente: de un lado, la de la atribución de regímenes competenciales más amplios frente al marco general y de otro lado la de la previsión de medidas especiales de financiación, dirigidas a garantizar los recursos para ejercer las ulteriores competencias”.

(6) Sobre este punto, véase: A. D’ATENA, *L’Italia verso il federalismo*, Milán, 2001, págs. 71 a 112.

(7) Sobre las regiones en la “Constituyente”, véase E. ROTELLI, *L’avvento delle regioni in Italia*, Milán, 1967.

(8) El nuevo texto (adjunto) del artículo establece, en efecto, que “se puede con la aprobación de la mayoría de la población de las Provincias interesadas y del o de los municipios interesados expresamente mediante ley constitucional, oídos los Consejos Regionales, disponer la fusión de Regiones existentes con un mínimo de un millón de habitantes, a propuesta de los Consejos comunales que representen al menos un tercio de la población interesada y la propuesta sea aprobada por referéndum de la mayoría de las poblaciones mismas.

Se puede con la aprobación de la mayoría de las poblaciones de la Provincia o de las Provincias interesadas y del Municipio o de los Municipios interesados expresamente mediante referéndum y por ley de la República, oídos los Consejos Regionales, permitir que las Provincias y Municipios que hacen la propuesta sean separados de una región y agregados a otra” (artículo modificado por el art. 9, apartado 1, de la Ley constitucional de 18 octubre de 2001 núm. 3).

Constitución española de 1931, en cambio, se limitaba a reconocer la posibilidad de la creación de autonomías territoriales: el acceso a la autonomía era visto como una simple facultad de los territorios interesados (art. 8).

Los controles sobre la actividad legislativa y administrativa regional son mucho más intensos y amplios en la Constitución italiana de 1948 que en la española de 1931. En la española de 1931, en efecto, el tipo de control sobre dichas actividades estaba bien delimitado y era ejercido por el Tribunal Constitucional y por los Tribunales ordinarios. Adviértase que en el nuevo Título V los controles sobre la actividad administrativa regional han sido eliminados⁹.

La distribución y la delimitación de la competencia de las regiones y los procedimientos establecidos para efectuar las transferencias de las mismas eran diferentes: la Constitución española de 1931 preveía un reparto de competencias entre el Estado y las regiones, delimitando aquellas que correspondían exclusivamente al Estado y aquellas que podían ser atribuidas a las regiones, pero teniendo en consideración el principio base de la preeminencia reservada a la competencia estatal. En el caso italiano el art. 117 contenía un elenco de las materias sobre las cuales las regiones tenían competencia legislativa: en el caso de regiones con estatuto ordinario, estas competencias estaban siempre en concurrencia con las del Estado, y sometidas a una serie de límites específicos. Como sabemos el nuevo art. 117 elimina aquel tipo de reparto fijando taxativamente las materias sobre las cuales el Estado tendrá competencia exclusiva (materias del apartado 2)¹⁰, llevando

(9) Sobre las consecuencias de la eliminación de los controles sobre las leyes y sobre los actos administrativos regionales véase, entre otros, L. ELIA, "Introduzione", en T. GROPPi y M. OLIVETTI, *La Repubblica delle autonomie*, pág. 17: con la supresión de los controles "alguno sostiene que se efectúa una carencia de garantías porque, si el gobierno no impugna una ley regional, esta ley no llegará a conocimiento de la Corte Constitucional y por tanto el texto permanece en el ordenamiento jurídico italiano".

(10) Art. 117, apartado 2: "El Estado tiene competencia exclusiva en las siguientes materias:

- a) Política exterior y relaciones internacionales del Estado; relaciones del Estado con la Unión Europea; derecho de asilo y condición jurídica de los ciudadanos de los Estados no pertenecientes a la Unión europea;
- b) Inmigración;
- c) Relación entre la República y las confesiones religiosas;
- d) Defensa y fuerzas armadas, seguridad del Estado, armamento, munición y explosivos;
- e) Moneda, tutela del ahorro y mercados financieros, tutela de la concurrencia, sistema de las divisas, sistema tributario y contable del Estado, perecuación de los recursos financieros;
- f) Órganos del Estado y leyes electorales sobre los mismos; referéndum estatales, elecciones al Parlamento Europeo;
- g) Ordenamiento y organización administrativa y de los entes públicos nacionales;
- h) Orden público y seguridad, con exclusión de la policía administrativa local;
- i) Ciudadanía, estado civil y registros;
- l) Jurisdicción y normas procesales; ordenamiento civil y penal, justicia administrativa;
- m) Determinación de los niveles esenciales de las actividades concernientes a los derechos civiles y sociales que deben ser garantizados sobre todo el territorio nacional;
- n) Normas generales sobre educación;
- o) Seguridad social;
- p) Legislación electoral, órganos de gobierno y funciones básicas de municipios, provincias y ciudades metropolitanas;

hacia ellas un sector de competencia regional concurrente (referida a sectores de menor amplitud respecto al pasado) y un ulterior sector residual en el cual las regiones tienen sustancialmente potestad legislativa exclusiva¹¹.

La Constitución italiana imponía directamente un modelo de administración para las regiones (donde también se le reconocía la potestad de organización) (arts. 121 y siguientes)¹², mientras que la española dejaba a las regiones plena facultad para ejercer la potestad de autoorganización gubernativa y administrativa.

Con el nuevo Título V parece casi lógico sostener que los dos modelos resultantes son todavía más cercanos gracias a la modificación que el ordenamiento regional italiano sufrió tanto en materia de controles como en materia de organización del gobierno regional.

En la segunda mitad de los años 70 –justo cuando en Italia se iba finalmente a materializar el modelo regional definido constitucionalmente– ha sido España la que ha adoptado como ejemplo el sistema regional italiano para la construcción de su propio sistema de autonomías.

Ahora, teniendo en cuenta que la experiencia regional italiana puede ser considerada como altamente productiva para el caso español, y que es verdad que el sistema regional italiano (y no sólo aquél)¹³ ha sido un constante punto de referencia para el legislador

q) Aduanas, protección de las fronteras nacionales, y profilaxis internacional;

r) Pesos, medidas, y determinación del tiempo, coordinación informática estadística de los datos de la administración estatal, regional, y local, obras de ingenio;

s) Tutela del ambiente, del ecosistema y de los bienes culturales.”

Las materias de competencia exclusiva indicadas en el párrafo 2 pueden ser objeto de intervenciones derogatorias en virtud de lo previsto en el art. 116.

(11) A. DE ROBERTO (*Il sistema delle fonti dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, en <http://WWW.giust.it/articoli/deroberto/titulo5.htm>. afirma que “el Título V de la Constitución ha repudiado completamente las antiguas reglas de reparto: el legislador estatal está, en efecto, hoy [...] prisionero en el interior de un campo de acción bien definido”.

(12) El constituyente italiano se ha inspirado en la promulgación de los artículos 121 y ss., se ha inspirado en el modelo organizativo de la tradición franco-piamontesa. Para llevar a cabo tal modelo, el legislador (con Ley núm. 62/1953) no tuvo en cuenta las diferencias entre las distintas regiones (salvo aquellas especiales) que, por el contrario, hubieran requerido modelos organizativos diferenciados (en consideración a sus particularidades por dimensiones, tradición política y administrativa, desarrollo económico, etc.)

Los estatutos y la legislación regional han introducido meras diferencias residuales de disciplina organizativa. El ejecutivo regional, por su parte, ha sido notablemente modificado en su estructura por la Ley constitucional de 22 de noviembre de 1999 núm. 1, en el sentido de que las regiones ordinarias, teniendo autonomía estatutaria, son libres, dentro de los límites de los principios constitucionales, para regular su forma de gobierno en modo distinto. Más aun, puede decirse que la ley núm. 1/1999 tiene una opción de fondo para la elección directa del presidente de la Región, dejando en cualquier caso a salvo la posibilidad de que el Estatuto establezca otra cosa.

(13) Véase la intervención de L. TRUCCHIA, “Il processo di innovazione amministrativa: Italia e Spagna a confronto”, de próxima publicación en la *Revista Prisma*, revista trimestral IRES Marche, Ancona. Sobre la utilidad del modelo español para el sistema regional italiano cfr. también L. ANTONINI, op cit., pág. 158.

español, es lícito preguntarse cuál será —si es que es así— el próximo movimiento del legislador español después de la modificación del Título V de la Constitución italiana. En particular: si para España se ha revelado como particularmente interesante la distinción entre regiones de estatuto ordinario y regiones de estatuto especial (distinción que bien se podría asociar a la realidad histórico-social española posfranquista, una realidad caracterizada por notables diferencias entre las regiones), cabría preguntarse qué contribución o qué ulteriores inspiraciones podrá ofrecer el regionalismo diferenciado postulado en el nuevo art. 116 de la Constitución italiana¹⁴.

III. EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 116 DEL NUEVO TÍTULO V DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

La primera parte del art. 116 no ha sido modificada: esto es, la sección en la cual están previstas las condiciones particulares de autonomía para las regiones de Estatuto Especial¹⁵.

En comparación con la precedente versión se añaden dos nuevos apartados: el primero contiene el reconocimiento de la posición particular otorgada a la provincia de Trento y Bolzano. El segundo (y éste es el aspecto más innovador) contiene la previsión de ulteriores formas y condiciones de autonomía en relación con determinadas materias que hay que atribuir a las regiones ordinarias mediante leyes estatales¹⁶.

El procedimiento para llegar a la ley estatal de atribución de mayor autonomía, exige la iniciativa de la región interesada, oídos los entes locales. La ley se aprueba por mayoría absoluta sobre la base de un acuerdo entre el Estado y la región interesada¹⁷.

(14) Mientras tanto L. ORTEGA ÁLVAREZ (*Le regioni ad autonomia differenziata: il caso spagnolo*, Conferenza Serrani 2002, Instituto de Ciencias Jurídicas, Facultad de Economía, Ancona, 2002) invita a mirar la evolución del sistema español de la autonomía para desarrollar el nuevo sistema regional italiano. Sobre la evolución del regionalismo español véase también L. ANTONINI, *op. cit.*, págs. 157-192 y M. DE ANGELIS, *Il regionalismo spagnolo. Profili storici e problematiche attuali*, Tesis de Laurea, Facultad de Economía, Universidad de Ancona, 1991.

(15) Art. 116, apartados 1 y 2: “Friuli Venezia Giulia, Sardegna, Sicilia, Trentino Alto Adige/Sudtirolo y Valle d’Aosta/Vallée d’Aoste establecerán las formas y condiciones particulares de su autonomía, según sus respectivos estatutos especiales aprobados con leyes constitucionales.

La Región Trentino Alto Adige/Sudtirolo está constituida por las provincias autónomas de Trento y de Bolzano”.

(16) La norma intenta estimular la política de las diferencias ya puesta en marcha con las reformas Bassanini. Véase sobre este punto L. ANTONINI, *op. cit.*, págs. 38 y ss. y págs. 102 y ss.

(17) Se llega, así, a través de una intervención legislativa estatal (mejor dicho, a través de “acuerdos” entre el Estado y las regiones a las cuales la ley estatal debe dar aprobación), a formas de gestión normativa “a dos manos” que imitan la competencia concurrente prevista en materias definidas por la Constitución”: así A. DE ROBERTO, *cit.*

Según L. ELIA, “Introduzione”, *cit.*, págs. 18 y 19 la norma es de dudosa constitucionalidad en cuanto que viola el principio de rigidez constitucional del art. 138. En sustancia, se consiente a las regiones llegar a una diferenciación con excesiva facilidad.

Nótese que la ley en cuestión con sus características de ley reforzada, va a modificar el sistema normativo.

Las materias sobre las cuales las regiones ordinarias pueden solicitar un mayor nivel de autonomía son indicadas en el sucesivo art. 117:

a) la organización de la justicia de paz, las normas generales sobre educación, la tutela del medio ambiente, del ecosistema y de los bienes culturales (apartado 2, art. 117);

b) relaciones internacionales con la Unión Europea, comercio exterior, tutela y seguridad del trabajo, educación (salvaguarda de la autonomía de las instituciones escolares, con exclusión de la enseñanza y la formación profesional), profesiones, investigación científica y tecnológica y soporte de las innovaciones para el sector productivo; protección de la salud, alimentación, ordenamiento deportivo; protección civil, gobierno del territorio, puertos y aeropuertos civiles, grandes infraestructuras de transporte y navegación, regulación de la comunicación, producción, transporte y distribución nacional de la energía, seguridad social complementaria e integrativa, armonización de los presupuestos públicos y coordinación de la finanza pública y del sistema tributario, valorización de los bienes culturales y ambientales y promoción y organización de las actividades culturales; cajas de ahorro, cajas rurales, empresas de crédito de carácter regional, entidades de crédito hipotecario y agrarias, de carácter regional (apartado 3, art. 117).

El nuevo diseño del regionalismo diferenciado previsto en el art. 116, por tanto, corresponde a dos tipos de reparto: un regionalismo diferenciado tradicional, que hace referencia a la instancia autonómica de carácter histórico-geográfico-lingüístico; y un regionalismo diferenciado de nueva generación¹⁸, cuya mayor autonomía se conecta con una exigencia más concreta, reconducible a la aplicación del principio de subsidiariedad¹⁹ y a la capacidad específica de algunas regiones de responder a las solicitudes de la comunidad referente²⁰.

**EL PROCEDIMIENTO PARA
LLEGAR A LA LEY ESTATAL
DE ATRIBUCIÓN DE MAYOR
AUTONOMÍA EXIGE
LA INICIATIVA DE
LA REGIÓN INTERESADA,
OÍDOS LOS ENTE
LOCALES**

(18) F. PALERMO, "Il regionalismo differenziato", en *La Repubblica delle autonomie*, cit., propone distinguir entre autonomías especiales y diferenciadas, limitándose la especialidad a la experiencia de las regiones y provincias autónomas, mientras la diferenciación es accesible a las regiones ordinarias.

(19) Sobre el principio de subsidiariedad, véase P. RIDOLA, "Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica", en A. CERVATI, S.P. PANUZIO, P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2000; A. D'ATENA, *L'Italia verso il federalismo*, cit., págs. 315 a 344.

(20) En práctica el nuevo regionalismo es dirigido a exaltar y a valorizar la potencialidad intrínseca en cualquier Región. La especialidad adquiere "un sentido y una capacidad nueva," se inserta "en un contexto nuevo" y "la excepción se ha

IV. SUGERENCIAS PARA UN ESTUDIO PROFUNDO DEL ARTÍCULO 116

El art. 116 estimula a realizar estudios y análisis de muy diverso tipo. En este momento, sin embargo, se proponen dos principales vías de desarrollo: la primera concierne al examen de la especialidad existente (aquellos caracteres histórico-geográfico-lingüísticos antes definidos) y al estudio de la evolución futura de tales especialidades, a la luz del nuevo Título V²¹. La segunda concierne al estudio de nuevas hipótesis de especialidad, una especialidad practicable a “instancia de parte”, destinada, además, a impulsar una competición entre las Regiones.

Las profundizaciones que se hagan ahora, deberán intentar responder a cuestiones de naturaleza político-institucional. Por ejemplo: qué regiones podrán presentar la solicitud, con base en qué, con relación a qué datos²².

convertido (o está por convertirse) en la regla del sistema que se va creando: así G. PASTORI, “La nuova specialità”, en *Le Regioni*, núm. 3, 2001, pág. 492. Según F. SALVIA (“Autonomie speciali e altre forme di autonomia differenziata”) (texto provisional), XIV Congreso italiano-español de los profesores de derecho administrativo, Catania, 10 a 12 de octubre de 2002) mientras la especialidad del primer período nace en función de las regiones desventajadas”. La nueva especialidad asimétrica [...] nace, al contrario, en función de aquellas más ricas, para dar a ellas la posibilidad de expresarse más libremente, eligiendo directamente los instrumentos necesarios para su crecimiento”.

(21) Es necesario preguntarse si en la actual fase de desarrollo del regionalismo, las regiones con estatuto especial tienen actualmente un papel y un significado político-institucional. Es evidente en efecto que actualmente para muchas regiones existe la exigencia de dotarse de una autonomía especial (en el sentido de diferente) y de salir del uniformismo en el que están desde hace años. Sobre el análisis de la especialidad ya existente, véase el estudio de F. SALVIA, cit. Este autor subraya que “el dato más relevante digno de mención consiste en la progresiva uniformización del sistema, que ha llevado cada vez más a atenuar en la práctica las diferencias” entre regiones con estatuto especial y regiones con estatuto ordinario. El proceso de uniformismo del regionalismo italiano que se ha producido en la “praxis” lleva a plantearse continuamente el interrogante sobre la validez del régimen de la especialidad y de su suerte en el futuro. En el texto, el autor recuerda que en el 1993 una doctrina (Paladin) observaba “con realismo que a efectos de la justificación del régimen de la especialidad el argumento quizás más fuerte es lo existencial”. Por esto, la vigencia de las cinco autonomías especiales históricas “justifica paralelamente la permanencia” y necesita “un esfuerzo de fantasía jurídica e institucional para resaltar de cualquier modo la especialidad”.

Sobre la necesidad de reinventar la especialidad histórica cfr. L. ANTONINI, *op. cit.*, págs. 29 y ss. y págs. 379 y ss. El autor, además, en tema de uniformidad de las autonomías italianas nota que (pag. 37) el modelo de regionalismo italiano está dotado, desde su primera puesta en práctica, “de un plano de uniformidad que se ha consolidado progresivamente después en una forma “italiana de regionalismo cooperativo”, en la cual las Regiones han encontrado espacio limitado para realizar “una política de diferencias”. El sistema regional ha permanecido, por lo tanto, limitado en su función estructural de representar y gobernar situaciones diferenciadas.

(22) Téngase en cuenta que (como ha subrayado justamente F. SALVIA, cit.) uno de los aspectos más delicados del nuevo régimen del regionalismo diferenciado es el aspecto financiero: en particular se plantea el problema de la financiación de las competencias que pasan del régimen exclusivo estatal al regional y de aquellas otras materias de competencia concurrente Estado-Regiones del antiguo Título V que ahora pasan a ser de competencia exclusiva regional. Además, es previsible que la nueva especialidad suponga toda una serie de costes añadidos como: a) costes de “eliminación, implantación y transformación” de unidades, b) costes de “rodaje”, es decir de disfunción inevitables en la fase inicial del sistema organizativo, c) costes de “imagen”: “por tanto se puede presumir que una vez puesta en marcha la especialidad, también las Regiones menos equipadas, en el intento de aumentar su prestigio, terminen por pedir (...) el acceso al régimen de diferenciación” como ha ocurrido en España, L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Le regioni ad autonomia differenziata: il caso spagnolo*, cit.

Se podrían después examinar problemas conexos a preguntas como: cuáles son (si los hay) los parámetros para acceder a la nueva especialidad; cuál es el papel y la posición de las otras regiones frente a la solicitud de mayor nivel de autonomía o cómo valorar tal solicitud.

Además no se puede subestimar el estudio relativo a la comparación entre la nueva especialidad y aquella tradicional, a fin de determinar en particular en qué se sustancia la “especialidad a instancia de parte”²³.

Visto después que esta nueva especialidad se enmarca en un ordenamiento de las autonomías revisado, deberá aclararse el papel de las autonomías locales: surge así espontáneamente preguntarse, de hecho, qué cambia (admitido que cambie algo), para provincias y municipios en un contexto de mayor autonomía. Y dado que cualquier estudio sobre el federalismo, actualmente no puede prescindir del marco comunitario, no carece tampoco de valor preguntarse qué sentido asume hoy una autonomía diferenciada en el interior de la Unión Europea.

Intentemos ahora entrar en el ámbito de algunas de las cuestiones planteadas anteriormente, no sin (cuando menos) subrayar que el modelo derivado del art. 116, resulta muy similar al sistema español de las Comunidades Autónomas, diseñado por la Constitución española de 1978, y caracterizado por dos tipos de autonomía: una reconducible a la nacionalidad histórica y la otra inscribible en una “especialidad abierta”, cuantitativamente no predeterminada.

A) El art. 116 establece que ulteriores formas de autonomía “pueden ser atribuidas a otras regiones, mediante ley estatal, a iniciativa de la región interesada, oídos los entes locales, con respeto de los principios del art. 119”. La disposición lleva a preguntarse hasta qué punto pueden incidir en ello los entes locales, cómo pueden incidir, qué entes locales deben ser oídos. Sobre esta última pregunta (qué entes locales deben ser consultados) hay que precisar que el art. 114 del nuevo Título V, comprende —en la tipología de los entes locales territoriales— los municipios, la provincia y la ciudad metropolitana. Sin embargo, muchas de las competencias, objeto de los eventuales acuerdos previstos en el art. 116, podrán afectar, incluso directamente, a sujetos y a entes de nivel local, pero no reconducibles a la categoría de los mencionados entes locales territoriales. Piénsese, a título de ejemplo, en las instituciones educativas (en el ámbito de la competencia relativa a las normas generales sobre educación, y, en general, a las materias de competencia concurrente, que influyen por tanto sobre los ámbitos de su inmediato interés institucional), o en las cámaras de comercio: se trata de entes locales que por sus funciones y sus competencias, pueden resultar actores fundamentales en muchas de las materias objeto de acuerdos.

En el plano procedimental es importante establecer quién debe ser oído en relación con el mencionado acuerdo, entre qué ámbitos tales acuerdos pueden ser concluidos, a través de qué medio los sujetos oídos pueden expresar su parecer, qué sujetos van a evaluar

(23) Cfr. retro, nota. 20.

tales opiniones. Respecto a las mismas, puede sostenerse con certeza la necesidad de respetar los principios indicados en el art. 119: en la práctica el mayor nivel de autonomía solicitado debe ser compatible con el marco de naturaleza financiera fijado en el art. 119²⁴. En cualquier caso, más allá de este aspecto, aquí parecen contar específicamente aquellos principios de diferenciación (diferenciación de funciones en consideración de las diversas características demográficas, territoriales y estructurales de los entes) y de adecuación (adecuación con relación a la idoneidad organizativa de las administraciones locales para garantizar, incluso de manera asociada con otros entes, el ejercicio de las funciones indicadas en el art. 118 del nuevo Título V).

B) En su parte final el art. 116 dispone que la ley estatal será aprobada por las Cámaras por mayoría absoluta, sobre la base de un acuerdo entre la región interesada y el Estado. La forma con que tales acuerdos serán regulados es de particular interés. Sobre este aspecto se pueden establecer dos hipótesis. La primera podría prefigurar una reglamentación única del acuerdo definido a nivel estatal. La segunda, en cambio, podría prever que sean las regiones —en el marco de los principios constitucionales— las que diseñen el procedimiento para la preparación del pacto. La primera de las dos hipótesis podría resultar contradictoria tratándose de un procedimiento negocial y de carácter concertado: en efecto, una ley que va a regular —aunque sea parcialmente— el procedimiento sería excesivamente invasor, también porque falta una explícita previsión constitucional que la justifique (tal previsión existe sin embargo respecto de otras innovaciones introducidas en disposiciones distintas)²⁵.

(24) Cfr. *retro* nota número 22. El nuevo texto resultante de las modificaciones introducidas por el art. 5 de la Ley constitucional de 18 de octubre de 2001, núm. 3 dice así: “Los municipios, las provincias, las ciudades metropolitanas y las regiones tienen autonomía financiera de ingresos y gastos.

Los municipios, las provincias, las ciudades metropolitanas y las Regiones tienen recursos autónomos. Establecen y aplican impuestos e ingresos propios, en armonía con la Constitución y según los principios de coordinación de la finanza pública y del sistema tributario. Disponen de coparticipación en el ingreso de impuestos estatales con referencia a sus territorios.

La ley del Estado instituirá un fondo de igualación sin vínculo de destino, para los territorios con menor capacidad fiscal por habitante.

Los recursos procedentes de las fuentes mencionadas en los apartados precedentes permitirán a los municipios, provincias, ciudades metropolitanas y a las regiones financiar íntegramente las funciones públicas a ellas atribuidas.

Para promover el desarrollo económico, la cohesión y la solidaridad social, para eliminar los desequilibrios económicos y sociales, para favorecer el efectivo ejercicio de sus funciones, el Estado destinará recursos añadidos y efectuará intervenciones especiales en favor de determinados municipios, provincias, ciudades metropolitanas y regiones.

Los municipios, las provincias, las ciudades metropolitanas y las regiones tendrán su propio patrimonio, atribuido según los principios generales determinados por la ley del Estado. Podrán recurrir al endeudamiento sólo para financiar gastos de inversión. Queda excluida toda garantía del Estado sobre préstamos por los mismos contratos”.

(25) Cfr. F. PIZZETTI, “Le intese per l’attuazione dell’art. 116”, en <http://www2.unife.it/formconstitucionale/contributi/titoloV2.htm>. El autor sostiene que la previsión de acuerdos abre problemas de no fácil solución y conlleva implicaciones que van más allá de cuanto podía haber previsto el legislador.

Supone por otra parte que “la eventual ley que pretendiera disciplinar en todo o en parte el procedimiento para adoptar los acuerdos podría ser considerada carente de base constitucional que fundamente y legitime la competencia”.

Así, si parece difícil impedir que el Estado regule con sus propias normas quién, cómo, y con qué procedimiento, frente al resto de órganos del Estado, se iniciarán, tramitarán y, eventualmente, concluirán los mencionados acuerdos en nombre y por cuenta del Estado, también parece posible sostener la segunda hipótesis: así, las regiones —en el más amplio espacio asignado en el nuevo Título V— tendrán la posibilidad de definir en sus propios Estatutos o con sus propias leyes regionales, tanto los sujetos legitimados para iniciar el procedimiento en nombre y por cuenta de la Región, como las reglas relevantes para las relaciones interorgánicas en el seno de la misma región en el ámbito del procedimiento (por cuanto se refiere a la fase inicial de la presentación de la propuesta y a la fase final de la conclusión del acuerdo) destinado a producir el acuerdo²⁶.

**EL NUEVO ARTÍCULO DEBE
SER ENMARcado EN EL
ÁMBITO COMUNITARIO,
EN PARTICULAR,
EN LA NORMATIVA
QUE ATRIBUYE
PROGRESIVAMENTE MAYORES
RESPONSABILIDADES A
LAS REGIONES**

C) El nuevo art. 116 debe ser igualmente enmarcado en el ámbito comunitario²⁷, en particular se puede tener en cuenta el marco de referencia representado por los Tratados y la normativa comunitaria derivada que progresivamente va atribuyendo mayores responsabilidades a las regiones²⁸. Hay que subrayar que el reforzamiento del nivel regional en el ámbito

(26) Es necesario recordar que el ministro para las reformas institucionales, Umberto Bossi ha propuesto en 2001 (en lo que se ha venido a llamar proyecto de ley sobre la *devolution*, núm. 1187) una reforma del art. 117 que puede ser configurada como una réplica del antiguo art. 117 de la Constitución, previendo, además, una potestad legislativa concurrente menos amplia respecto a la contemplada en la LC núm. 3/2001 y la reintroducción del límite del interés nacional y los intereses de otras regiones. La propuesta del Ministro ha suscitado no pocas perplejidades en relación con el aspecto que prevé que “en los límites de los principios fijados en la Constitución, cualquier región puede activar la propia competencia legislativa exclusiva para las siguientes materias: asistencia y organización sanitaria; organización de la educación; gestión de los institutos educativos; definición de los programas educativos y formativos de interés específico de cada región; seguridad pública a nivel local. Otras materias distintas de competencia exclusiva de las Regiones pueden ser previstas por leyes constitucionales”.

La propuesta vuelve a recoger la idea del regionalismo diferenciado contenido en el nuevo art. 116 de la Constitución, pero permite la activación inmediata de mayor autonomía sin necesidad de recurrir al complicado mecanismo previsto en el apartado 3 del mismo artículo, esto es la emanación de una ley ordinaria aprobada por mayoría absoluta de la Cámara, en conformidad con la Región interesada y sobre su propia iniciativa, oídos los entes locales. Véase sobre este punto: G. PITRUZZELLA, “Il regionalismo differenziato nel ‘progetto Bossi’”, en <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/riforma/pitruzzella.html>; A. D’ATENA, *L’Italia verso il federalismo*, cit., págs. 246 a 252.

(27) Sobre el tema de Regiones y Comunidad Europea véase: A. D’ATENA, “La partecipazione delle regioni ai processi comunitari di decisione”, en *Le fonti del diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, op.cit. págs. 173 y ss.; F. TERESI, *L’autonomia normativa delle regioni speciali*, ibidem, págs. 178 y ss.; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stati, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, 2002.

(28) Hoy, en efecto, se puede hablar de una auténtica y propia política regional a nivel comunitario. Recuérdese que el Tratado de Maastricht ha sancionado la importancia del papel de las regiones y la diversidad de la organización territorial en el interior de los Estados miembros, instituyendo el Comité de las regiones, compuesto por los representantes de las colectividades regionales y locales.

comunitario (aún con las debidas diferencias dentro de los distintos Estados Miembros)²⁹ está siguiendo una trayectoria unitaria gracias tanto a una convergencia de las líneas estratégicas y programáticas entre los diferentes niveles institucionales, y específicamente por lo que pertenece a la participación de las regiones en la política comunitaria, como por la involucración de las mismas en el proceso decisorio europeo. Todos los organismos regionales, de hecho, solicitan un mayor control sobre las competencias políticas, económicas, sociales y culturales: la participación de las regiones en la actividad comunitaria, por tanto, puede contribuir a la efectiva aplicación del principio de subsidiariedad y a la reducción de aquel déficit democrático del cual todavía hoy se lamenta su subsistencia.

Dicho esto, el desarrollo de la especialidad del art. 116 no sólo debe implicar una armonización con las reglas comunitarias y con la normativa de las relaciones entre estados y regiones, sino incluso volver a proponer la cuestión de la representación de las regiones con mayor autonomía en las instituciones europeas con actividad decisional³⁰, sobre todo en consideración al hecho de que el nuevo Título V no prevé nada sobre el papel de las regiones en la fase superior de la actividad decisional comunitaria³¹.

D) Respecto a la cuestión de la antigua especialidad se observa que con el derrumbamiento de la enumeración de las competencias por parte del nuevo art. 117, el mante-

(29) Los 15 Estados miembros de la Unión Europea presentan sistemas organizativos diversos: están los Estados que pueden ser definidos como unitarios (Grecia, Luxemburgo, Irlanda y Dinamarca) los cuales reconocen el nivel local, además de un eventual nivel regional exclusivamente administrativo; hay estados que han realizado reformas dirigidas a crear autoridades regionales (Francia, Reino Unido, Portugal, Países Bajos, Suecia, Finlandia). Y otros como España o Italia que tienen gobiernos regionales elegidos, dotados, entre otras cosas, de autonomía estatutaria y de poder legislativo; hay, por último, Estados federales (Alemania, Bélgica, Austria) donde el poder está dividido entre el nivel nacional y el nivel regional sobre la base de reglas específicas válidas para cualquiera de los Estados de la federación. Cfr. A. D'ATENA, *L'Italia verso il federalismo*, cit., págs. 253 a 282 y 293 a 304. En el tema de participación de las autonomías territoriales españolas en el proceso decisorio europeo, véase A. TORRES LÓPEZ y E. ARANA GARCÍA, *La dimensión regional del espacio europeo de investigación*, Comunicación al XIV Congreso italiano-español de profesores de derecho administrativo, Catania, 10 a 12 de octubre de 2002.

(30) En el proyecto de la Comisión Bicameral presidida por D'ALEMA (1997) estaba previsto un papel específico de las regiones en el proceso de formación de las decisiones comunitarias. Más específicamente, había sido incluido un grupo de normas dedicado a la "Participación de Italia en la UE" y se había establecido que las regiones "en materias de su competencia y en las formas establecidas por la ley participarán en la toma de decisiones directas para la formación de los actos comunitarios", procediendo, incluso, a su actuación y ejecución. En aquella Comisión Bicameral, el debate se había detenido, después, sobre el modo en el cual el Estado tenía que ejercer la función en el ámbito comunitario en la materia de exclusiva competencia de las regiones y sobre la modalidad de participación en la actividad decisional por parte de las mismas.

(31) El art. 120 presenta sólo normas relativas a la fase inferior previendo "que el gobierno puede sustituir a órganos de la región, de la ciudades metropolitanas, de la provincia y de los municipios en el caso de falta de respeto a normas y tratados internacionales o a la normativa comunitaria, así como en el caso de grave peligro para la seguridad pública, o cuando lo requieran la tutela de unidad jurídica o de la unidad económica y en particular la tutela de los niveles esenciales de las prestaciones concernientes a los derechos civiles y sociales, prescindiendo de los límites territoriales de los gobiernos locales. La ley define el procedimiento para garantizar que los poderes sustitutivos sean ejercitados de conformidad con el principio de subsidiariedad y del principio de leal colaboración".

nimiento de las autonomías especiales se presenta más problemático³². De hecho, la actuación concreta del ordenamiento regional ha determinado una “homologación impropia” de los presupuestos de la autonomía especial a las condiciones de autonomía de las regiones de estatuto ordinario³³. Puesto que la eliminación de esta categoría comportaría e implicaría en términos electorales costes elevadísimos, el desarrollo de las nuevas normas del Título V hace oportuna una reconstrucción de la especialidad tradicional en el sentido de remarcar principalmente las diversidades relacionadas con hechos históricos, territoriales y lingüísticos, y ello ya sea para constituir un modelo de referencia, ya para evitar que las nuevas especialidades se escondan sobre un esquema que reduce a menos la novedad del art. 116³⁴.

En sustancia será necesario reformar los estatutos especiales a nivel orgánico ya sea con referencia a los más amplios espacios de autonomía reconocidos ya sea con referencia a los ulteriores espacios de autonomía obtenidos mediante acuerdos entre Estado y regiones interesadas³⁵.

(32) F. SALVIA, cit., sostiene que la especialidad tradicional “no parece haber producido aquel valor añadido que estaba en las intenciones originales”.

(33) G. PASTORI, *La nuova specialità*, cit., pág. 490. Según el autor las regiones de estatuto especial se han encontrado frente a la alternativa entre la separación y la exclusión respecto a un sistema que no estaba preparado para acoger la especialidad y la homologación y un sistema más generalista. Cfr. sobre este punto también, A. D’ATENA, *L’Italia verso il federalismo*, cit., págs. 199 a 212.

(34) Sobre la necesidad de “reformar” y de “reencontrar” la especialidad tradicional, vid. G. DEMURO, “Regioni ordinarie e regioni speciali”, en *La Repubblica delle autonomie*, cit., págs. 45 y ss.

(35) Cfr. G. PASTORI, cit., pág. 495.

I. DERECHO COMUNITARIO

Sumario:

1. Introducción. 2. Principios generales. 3. Fuentes. 4. Recursos. A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación. B) Recurso por incumplimiento y recurso por responsabilidad extracontractual. C) Responsabilidad del Estado miembro. D) Cuestiones prejudiciales. E) Medidas cautelares. **5. Mercado interior.** A) Libre circulación de mercancías. B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento. a) Libre prestación de servicios. b) Libertad de establecimiento. C) Libre circulación de trabajadores. a) Ámbito de aplicación material. Empleos en la Administración pública. b) Contenido jurídico. c) Límites. D) Libre circulación de capitales. a) Autorización previa para la adquisición de inmuebles.

1. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia del TJCE seleccionada en la presente crónica no contiene doctrina muy novedosa sobre principios generales del Derecho comunitario, fuentes, recursos y mercado interior, si bien en algunos casos introduce matices de interés en la aplicación de la jurisprudencia ya consolidada. Ahora bien, el período objeto de análisis ha sido especialmente destacado en cuanto a las sentencias sobre libre circulación de mercancías y libre prestación de servicios.

Por otra parte, debemos resaltar un hecho fundamental que se ha producido en el seno de la Unión, cual es la aprobación al cabo del proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, texto adoptado por consenso por la Convención Europea el 13 de junio y el 10 de julio de 2003 (CONV 850/2003, de 18 de julio).

2. PRINCIPIOS GENERALES

En el período comentado en la presente crónica no existe jurisprudencia novedosa sobre principios generales del derecho comunitario.

3. FUENTES

Pocas novedades introduce el TJCE en el período de referencia a que se circunscribe este número de la Revista *Justicia Administrativa* pudiéndose, no obstante, destacar los siguientes pronunciamientos.

En primer lugar, la **STJCE de 2 de octubre de 2003, As. C-89/03, Comisión c. Gran Ducado de Luxemburgo**, reitera aquella jurisprudencia según la cual los Estados miembros no pueden invocar circunstancias internas ni dificultades prácticas para justificar la no adaptación del Derecho interno al comunitario en los plazos señalados.

En segundo término, la **STJCE de 23 de octubre de 2003, As. C-408/01, Adidas-Salomon y Adidas Benelux c. Fitnessworld Trading Ltd**, recuerda que los Estados miembros deben interpretar su Derecho interno, en todo lo posible, según la letra y finalidad de las fuentes —en concreto, Directivas— comunitarias. Complementando esta resolución, la **STJCE de 11 de diciembre de 2003, As. C-127/00, Hässle AB c. Ratiopharm GmbH**, entiende que las diversas versiones lingüísticas de un texto comunitario deben ser objeto de una interpretación uniforme y, en caso de discrepancia, deberán interpretarse en función del sistema general y de la finalidad de la normativa de que formen parte.

En tercer lugar, la **STJCE de 6 de noviembre de 2003, As. C-101/01, Göta hovrätt c. Bodil Lindqvist**, permite extender el alcance de la normativa nacional que haya adaptado el Derecho interno al comunitario a situaciones no comprendidas en el ámbito de aplicación de este último siempre, desde luego, que ninguna norma de Derecho comunitario se oponga a ello.

Finalmente, la **STJCE de 4 de diciembre de 2003, As. C-63/01, Samuel Sydney Evans c. The Motor Insurers' Bureau**, confirma la facultad del órgano jurisdiccional remitente de una cuestión prejudicial al TJCE de determinar si se encuentra suficientemente caracterizado el incumplimiento de la obligación de adaptar el Derecho interno al comunitario.

4. RECURSOS

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

Durante el tiempo al cual se circunscribe la presente crónica el número de sentencias recaídas en asuntos de anulación y de omisión no ha disminuido lo cual es un ejemplo clarividente de la actividad frenética de los Tribunales de Justicia y de Primera Instancia. Una primera sentencia que merece ser analizada es la STPI (Sala Quinta ampliada) de 27 de noviembre de 2003, Regione Siciliana/Comisión, As. T-190/00, en cuyo fundamento jurídico trigésimo el Tribunal de Primera Instancia recordó que “el criterio de la fecha en que se tuvo conocimiento del acto impugnado como inicio del plazo de interposición del recurso (de anulación) tiene carácter subsidiario respecto a los de publicación o noti-

ficación del acto”. Más adelante el Tribunal de Primera Instancia en el fundamento jurídico cuadragésimo cuarto añade que “cuando se trata de decisiones cuya elaboración se lleva a cabo en varias fases, en particular al término de un procedimiento interno, en principio únicamente constituyen actos impugnables las medidas que fijan definitivamente la posición de la Institución al término de dicho procedimiento, con exclusión de los trámites intermedios, cuyo objetivo es preparar la decisión final”. Igualmente hay que recordar la STJ de 30 de septiembre recaída en el As. C-76/01 P, Eurocoton y otros/Consejo, en la cual el Tribunal de Justicia sostuvo que cuando se trata de actos cuya elaboración se efectúa en varias fases, en particular a través de un procedimiento interno, en principio sólo constituyen actos que pueden impugnarse las medidas que fijan definitivamente la postura de la Comisión o del Consejo al finalizar dicho procedimiento, con exclusión de las medidas intermedias cuyo objetivo es preparar la decisión definitiva. De tal forma que no es posible un recurso de anulación frente a un acto que no puede producir efectos jurídicos y tampoco está destinado a producir tales efectos. Con anterioridad, el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) en el fundamento jurídico centésimo sexagésimo quinto de su sentencia de 18 de septiembre de 2003, As. C-338/00 P, Volskswagen/Comisión, sostuvo que “una irregularidad derivada de la divulgación previa de un elemento de la Decisión puede dar lugar a la anulación de ésta solamente si se prueba que, de no haberse producido dicha irregularidad, la decisión habría tenido un contenido distinto, no implica que irregularidades de ese tipo permanezcan prácticamente impunes. En efecto, independientemente de la posibilidad de obtener la anulación de la decisión controvertida en la hipótesis en que la irregularidad cometida repercuta en su contenido, el interesado está legitimado para exigir la responsabilidad de la institución de que se trate por el perjuicio que estime haber sufrido a causa de dicha irregularidad”. Respecto a la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia hay que observar cómo el Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta ampliada) en su sentencia de 16 de octubre de 2003 nuevamente afirmó que los particulares no están legitimados para impugnar una decisión de la Comisión de no continuar un procedimiento por incumplimiento incoado contra un Estado miembro. Igualmente hemos de recordar la STPI (Sala Quinta) de 23 de octubre de 2003, As. T-65/98, Van den Bergh Foods/Comisión, en cuyo fundamento jurídico centésimo septuagésimo el Tribunal de Primera Instancia reiteró la jurisprudencia relativa a que “el derecho de propiedad forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, pero no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, siempre y cuando estas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos garantizados”.

Finalmente, hemos de destacar que durante este período temporal se han sucedido diversas sentencias que han desarrollado el principio de defensa como uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario. Una de estas sentencias ha sido la STJ (Sala Quinta) de 2 de octubre de 2003, Corus/Comisión, As. C-199/99 P, en cuyo fundamento jurídico décimo noveno el Tribunal de Justicia sostuvo que basar una resolución judicial en hechos y en documentos de los cuales las propias partes, o una de ellas, no

han podido tener conocimiento, y sobre los cuales, por tanto, no han podido presentar sus observaciones, supondría violar el principio de defensa. Respecto la motivación de las decisiones de la Comisión, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) en su sentencia de 2 de octubre de 2003, *Aristrain/Comisión*, As. C-196/99 P, sostuvo que la indicación de datos numéricos relativos al método de cálculo de las multas por muy útiles y deseables que sean no son indispensables para el cumplimiento de la obligación de motivación de una decisión por la cual se imponen multas ya que la Comisión no puede renunciar a su facultad de apreciación utilizando exclusiva y mecánicamente fórmulas aritméticas. Antes de terminar en estas fechas navideñas recordemos que la STPI (Sala Tercera) de 30 de septiembre, *Sony Computer Entertainment Europe Ltd/Comisión*, enjuició la clasificación de la consola PlayStation®2 en la nomenclatura combinada comunitaria.

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 el período comentado en la presente crónica no existe jurisprudencia novedosa sobre cuestiones prejudiciales y medidas cautelares.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

El período objeto de análisis (octubre a diciembre de 2003) ha sido especialmente prolífico en cuanto a la producción de sentencias en esta materia, concretamente un total de ocho, cuya doctrina trataremos de sintetizar dentro de la brevedad que nos conceden estas páginas. No queremos, sin embargo, dejar de mencionar un hecho fundamental que se ha producido en el seno de la Unión, cual es la aprobación del Tratado por el que se Instituye una Constitución para Europa, adoptado por consenso por la Convención Europea de 13 de junio y 10 de julio de 2003 y presentado al Presidente del Consejo Europeo en Roma el 18 de julio de 2003. Estamos ante un texto que en el momento de escribir estas líneas (tras la celebración del Cumbre Europea en Bruselas de los días 12 y 13 de diciembre de 2003, con la asistencia de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros y de los candidatos) se debate todavía, pero que sin duda es un punto de inflexión fundamental en la evolución del derecho originario de la Unión que merecía, aunque mínima, una mención. En lo que a nuestra materia se refiere, el Proyecto de Constitución relega la libre circulación de mercancías a la Sección Tercera (llamada pre-

cisamente “Libre Circulación de Mercancías”) del Capítulo I (“Mercado Interior”) del Título III (“De la acción y las políticas interiores”) de la Parte III del Proyecto de Constitución Europea (relativo a “De las Políticas y el funcionamiento de la Unión”), o lo que es lo mismo, los arts. III.36 a III.44 del Proyecto de Constitución. 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 Proyecto de Constitución Europea (que abreviaremos como PCE, en espera de que este u otro acrónimo acabe por arraigar).

Entrando propiamente en el comentario jurídico de las Sentencias analizadas, la primera de ellas es la STJCE (Sala Quinta) de 18 de septiembre de 2003 “Morellato”, As. C-416/00, en la cual se enjuicia la normativa italiana relativa a la comercialización del pan obtenido completando la cocción de pan parcialmente cocido y el envase que debe tener el mismo. Según el TJCE, no constituye una restricción cuantitativa ni una medida de efecto equivalente, en el sentido del art. 30 del TCE (actual art. 28 CE, y art. III.42 del PCE), la exigencia de envasado previo a la que el Derecho de un Estado miembro somete la puesta a la venta de pan obtenido completando, en ese Estado miembro, la cocción de pan parcialmente cocido, congelado o no, importado de otro Estado miembro, siempre que sea indistintamente aplicable tanto a los productos nacionales como a los importados y que no constituya, en realidad, una discriminación de estos últimos. Si al proceder a dicha comprobación el órgano jurisdiccional nacional apreciara que dicha exigencia constituye un obstáculo a la importación, la mencionada exigencia no estaría justificada por razones relativas a la protección de la salud y de la vida de las personas, en el sentido del art. 36 del TCE (actual art. 30 TCE, art. III.43 PCE).

Por su parte, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a garantizar la plena eficacia del art. 30 del Tratado dejando inaplicadas, por propia iniciativa, las disposiciones internas incompatibles con dicho artículo.

En segundo lugar, la STJCE de 23 de septiembre de 2003, “Comisión contra Dinamarca”, As. C-192/01, en la que se enjuicia prohibición de comercialización de productos alimenticios a los que se han agregado vitaminas y minerales. En el caso enjuiciado el recurso tenía como fin que se declarase que Dinamarca había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 28 TCE (art. III.42 PCE), al seguir una práctica administrativa como consecuencia de la cual productos alimenticios enriquecidos que se comercializan o producen legalmente en otros Estados miembros sólo pueden comercializarse en Dinamarca si se acredita que su enriquecimiento con nutrientes responde a una necesidad de la población danesa. El TJCE declaró el incumplimiento de Dinamarca por entender que al ejercer su facultad de apreciación relativa a la protección de la salud pública, los Estados miembros han de respetar el principio de proporcionalidad. Por tanto, los medios que elijan han de limitarse a lo que sea efectivamente necesario para garantizar la salvaguardia de la salud pública; han de ser proporcionados al objetivo así perseguido, el cual no se habría podido alcanzar con medidas menos restrictivas de los intercambios intracomunitarios. Además, al contener el art. 30 CE una excepción, de interpretación estricta, a la norma de la libre circulación de mercancías en el interior de la Comunidad, incumbe a las autoridades nacionales que lo invocan demostrar en

cada caso, a la luz de los hábitos alimentarios nacionales y habida cuenta de los resultados de la investigación científica internacional, que su normativa es necesaria para proteger efectivamente los intereses contemplados en dicha disposición y, en especial, que la comercialización de los productos de que se trata plantea un riesgo real para la salud pública (sentencias Sandoz, antes citada, apartado 22; de 30 de noviembre de 1983, Van Bennekom, 227/82, Rec. p. 3883, apartado 40; Ley de pureza de la cerveza, antes citada, apartado 46, y de 25 de mayo de 1993, Comisión/Italia, C-228/91, Rec. p. I-2701, apartado 27).

En la **STJCE (Sala Cuarta) de 16 de octubre de 2003 “Comisión contra Italia”, As. C-455/01**, se enjuicia y se constata por el TJCE el incumplimiento por parte de Italia (y una nueva condena para este Estado) al haber mantenido en vigor una legislación que supedita la comercialización de productos aún no totalmente armonizados, destinados a ser utilizados en buques mercantes que enarbolan pabellón italiano, a la expedición de un certificado de conformidad por un organismo nacional –limitando en su caso únicamente al titular de dicho certificado el derecho a comercializar los citados productos– y al no haber reconocido la validez de los ensayos efectuados según las normas internacionales por organismos reconocidos en los demás Estados miembros o en los Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992.

En la **STJCE (Sección Primera) de 2 de octubre de 2003 “Grilli”, As. C-12/02**, se analiza una cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 29 TCE (actual art. 27 TCE, art. III.40 PCE) la transferencia por carretera de un vehículo adquirido en otro Estado miembro y las placas de matrícula provisionales, en el que se analiza una norma del Código de la circulación alemán. Para el TJCE, el art. 29 TCE se opone a que una regulación de un Estado miembro prohíba a un nacional de otro Estado miembro, bajo penas de sanciones penales o administrativas, circular hacia otro Estado con un vehículo comprado en el primer Estado miembro. Una regulación tal restringe las corrientes de exportación y crea una diferencia de trato entre el comercio interior de un Estado y su comercio exterior, y supone una ventaja para el comercio nacional en detrimento del de otro Estado miembro, no pudiendo estar justificada en el art. 30 del TCE.

En la **STJCE (Sala Sexta) de 23 de octubre de 2003 “Rioglass y Transremar”, As. C-115/02**, se solicita una cuestión prejudicial en el litigio entre la Administración aduanera francesa y las sociedades españolas Rioglass, SA, y Transremar, SL, relativo a la retención en Francia de unas piezas de recambio para automóviles fabricadas en España y transportadas a Polonia, por sospecharse que se había usurpado su marca.

Para el TJCE, el art. 28 CE (art. III.42 PCE) debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación, con arreglo a la legislación de un Estado miembro en materia de propiedad intelectual, de unos procedimientos de retención por parte de las autoridades aduaneras dirigidos contra mercancías legalmente fabricadas en un Estado miembro y

destinadas, después de haber transitado por el territorio del primer Estado miembro, a ser comercializadas en un país tercero.

STJCE (Sala Quinta) de 6 de noviembre de 2003 “Comisión contra España”, As. C-358/01, cuyo objeto era que tiene por objeto que se declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 28 CE, al denegar el acceso al mercado español de productos legalmente fabricados y comercializados en otros Estados miembros con la denominación “limpiador con lejía” u otra denominación similar, cuando su contenido en cloro activo sea inferior a 35 gramos por litro. La norma española enjuiciada es el Real Decreto 3360/1983, en su versión resultante del Real Decreto 349/1993, de 5 de marzo, por el que se modifica la Reglamentación Técnico-Sanitaria de Lejías (BOE núm. 94, de 20 de abril de 1993), y en concreto que en la etiqueta pueda figurar la mención “apta para la desinfección del agua de bebida”.

La cuestión estaba en los porcentajes establecidos por la legislación española, diferentes a los existentes a nivel comunitario, Directivas 88/379/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1988, sobre la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos, y 1999/45/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 1999, sobre la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la clasificación, el envasado y el etiquetado de preparados peligrosos que deroga y sustituye a la Directiva 88/379 a partir del 30 de julio de 2002. Por ello el TJCE estimó que España incumplió las obligaciones que le incumben en virtud del art. 28 TCE (art. III.42 PCE), al denegar el acceso al mercado español de productos legalmente fabricados y comercializados en otros Estados miembros con la denominación “limpiador con lejía” u otra denominación similar, cuando su contenido en cloro activo sea inferior a 35 gramos por litro.

STJCE de 11 de diciembre de 2003 “Deutscher Apothekerverband”, As. C-322/01, donde se enjuicia como cuestión prejudicial la compatibilidad de las Directivas 92/28/CEE y 2000/31/CE respecto de la legislación nacional alemana que restringe la venta por Internet de medicamentos para uso humano efectuada por farmacias establecidas en otro Estado. Para el TJCE, una disposición nacional, como la establecida en el art. 10 de la Ley sobre medicamentos alemana de 7 de septiembre de 1998, que prohíbe la venta por correspondencia de medicamentos cuya venta esté reservada exclusivamente a las farmacias en el Estado miembro afectado constituye una medida de efecto equivalente en el sentido del art. 28 CE. El art. 30 CE puede ser invocado para justificar una prohibición nacional de venta por correspondencia de medicamentos cuya venta esté reservada exclusivamente a las farmacias en el Estado miembro afectado, siempre que se refiera a los medicamentos sujetos a prescripción médica. Por el contrario, no puede invocarse el art. 30 CE para justificar una prohibición absoluta de venta por correspondencia de los medicamentos que no estén sujetos a prescripción médica en el Estado miembro afectado.

Por otra parte, el art. 88.1 de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario

sobre medicamentos para uso humano, se opone a Ley alemana sobre la publicidad de los medicamentos de 19 de octubre de 1994, que prohíbe hacer publicidad para la venta por correspondencia de medicamentos cuya dispensación esté reservada exclusivamente a las farmacias en el Estado miembro afectado, en la medida en que dicha prohibición se refiera a los medicamentos que no están sujetos a prescripción médica.

Por último dentro de este bloque, la STJCE (Sala Tercera) de 11 de diciembre de 2003 “Comisión contra Francia”, As. C-122/03, también relativa a medicamentos, declaró que Francia había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 28 TCE (art. III.42 PCE) al imponer, con arreglo al art. R. 5142-15 del Código francés de la Salud pública, a los agentes económicos que importan o distribuyen en el territorio francés medicamentos para los que se ha obtenido una autorización francesa o comunitaria de comercialización la obligación de presentar al primer requerimiento de las autoridades de control bien una copia compulsada, expedida por la “Agencia francesa de seguridad sanitaria de productos de salud”, de la autorización francesa de comercialización o del registro del medicamento, o bien un documento expedido por esta misma Agencia que certifique que el medicamento importado ha obtenido una autorización de comercialización expedida por la Comunidad Europea.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) Libre prestación de servicios

El período analizado ha sido también prolífico en pronunciamientos jurisprudenciales, con un total de siete sentencias. La primera de ellas es la STJCE (Sala Quinta) de 18 de septiembre de 2003 “Albacom”, As. Ac. C-292/01 y C-293/01, en la cual se examina una decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 97/13/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones (DO L 117), concretamente recursos interpuestos por las mercantiles italianas Albacom SpA e Infostrada SpA, titulares de licencias de explotación de redes de telecomunicaciones para uso público, contra una Orden interministerial por la que se impone a las sociedades que posean tales licencias el pago de un contribución calculada sobre la base de un porcentaje de su volumen de negocios.

La opinión del TJCE es que la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, y en particular su art. 11 (El art. 11 de la Directiva 97/13 establece, en su apartado 1, que los cánones impuestos por los Estados miembros a las empresas titulares de licencias individuales deben tener por único objetivo cubrir los gastos administrativos que ocasione la actividad necesaria para la ejecución de dichas licencias. No obstante, el apartado 2 de la misma disposición permite a las autoridades nacionales de reglamentación imponer gravámenes en caso de utilización de recursos escasos), este artículo, decimos, prohíbe a los Estados miem-

bros imponer a las empresas titulares de licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, por el mero hecho de poseer tales licencias, cargas pecuniaras, como la controvertida en los asuntos principales, distintas de las autorizadas por dicha Directiva y que se añaden a éstas.

En segundo lugar, la **STJCE (Sala Quinta) de 23 de octubre de 2003, “Inizan”, As. C-56/01**, en la que se dirime una decisión prejudicial sobre la validez y la interpretación del art. 22 del Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997), así como sobre la interpretación de los arts. 49 y 50 TCE (arts. III.29 y III.30 PCE). El TJCE sienta tres pronunciamientos:

1) Se confirma la validez del art. 22, apartado 1, letra c), inciso i), del Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) 118/97, del Consejo, de 2 de diciembre de 1996.

2) El art. 22, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento 118/97, debe interpretarse en el sentido de que la autorización a la que se refiere dicha disposición no puede denegarse cuando, por una parte, la asistencia de que se trate esté incluida en las prestaciones previstas por la normativa del Estado miembro del territorio en el que resida el interesado y, por otra, no se pueda dispensar en tiempo útil en dicho Estado miembro un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia.

3) Los arts. 49 y 50 TCE (arts. III.29 y III.30 PCE) deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la normativa de un Estado miembro como la del procedimiento principal en la medida en que ésta, por una parte, supedita el reembolso de la asistencia hospitalaria dispensada en un Estado miembro distinto de aquel en el que está establecida la caja del seguro de enfermedad a la que está afiliado el asegurado a la obtención de una autorización concedida por dicha caja y, por otra parte, sujeta la concesión de dicha autorización al requisito de que se acredite que el interesado no podía recibir el tratamiento apropiado para su estado en este último Estado miembro. Sin embargo, la autorización solamente puede denegarse por este motivo cuando sea posible obtener un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia para el paciente, en tiempo útil y en el territorio del Estado miembro en el que reside.

La **STJCE (Sala Quinta) de 23 de octubre de 2003, “RTL Televisión” (asunto C-245/01)**, se pronuncia sobre la interpretación del art. 11.3 de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de

actividades de radiodifusión televisiva (DO L 298), en su versión modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DO L 202).

El TJCE declaró que las películas que han sido producidas para la televisión (las llamadas “TV-movies”) y que prevén, desde su concepción, pausas para la inserción de mensajes publicitarios están comprendidas en el concepto de “películas concebidas para la televisión” a que se refiere el art. 11, apartado 3, de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, en su versión modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997. Los vínculos que deben relacionar a las películas para que puedan estar comprendidas en la excepción prevista para las “series” en el art. 11.3 de dicha Directiva deben referirse al contenido de las películas de que se trate, como, por ejemplo, la evolución de un mismo relato de un programa a otro o la reaparición de uno o varios personajes en las diferentes emisiones.

La **STJCE de 6 de noviembre de 2003, “Gambelli y otros”, As. C-243/01**, tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al art. 234 CE, por un Tribunal de italiano, destinada a obtener, en el proceso penal seguido ante dicho órgano jurisdiccional contra Piergiorgio Gambelli y otros, una decisión prejudicial sobre la interpretación de los arts. 43 y 49 TCE (arts. III.22 y III.29 PCE).

Para el TJCE, una normativa nacional que prohíbe –bajo sanción penal– el ejercicio de actividades de recogida, aceptación, registro y transmisión de apuestas, en particular, sobre acontecimientos deportivos, cuando no se dispone de una concesión o una autorización expedida por el Estado miembro de que se trate, constituye una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios previstas, respectivamente, en los arts. 43 y 49 TCE (arts. III.22 y III.29 PCE). Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si una normativa de este tipo, habida cuenta de sus modalidades concretas de aplicación, responde efectivamente a objetivos que puedan justificarla y si las restricciones que impone no resultan desproporcionadas en relación con dichos objetivos.

STJCE (Sala Quinta) de 13 de noviembre de 2003, “Lindman”, As. C-42/02, tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia por un órgano judicial finés, destinada a obtener una decisión prejudicial sobre la interpretación del art. 49 TCE (art. III.29 PCE), concretamente por haberse desestimado en vía administrativa una reclamación que la Sra. Lindman había presentado con el fin de obtener la exención del impuesto al que está sujeto el importe que había obtenido en un sorteo de lotería organizado en Suecia.

Para el TJCE, el art. 49 TCE (art. III.29 PCE) se opone a la normativa de un Estado miembro con arreglo a la cual los premios obtenidos en loterías organizadas en otros Estados

miembros se consideran rendimientos del ganador sujetos al impuesto sobre la renta, mientras que los premios de loterías organizadas en ese Estado miembro están exentos del citado impuesto.

STJCE (Sala Quinta) 11 de diciembre de 2003, “AMOK”, As. C-289/02, resulta interesante por cuanto se analiza un tema de costas judiciales; concretamente desde el punto de vista de la libre prestación de servicios por parte de un abogado establecido en otro Estado miembro que actúa de acuerdo con un abogado nacional, y los honorarios de abogado (en la terminología española, las costas judiciales) que la parte vencida (una empresa alemana) en el proceso ha de reembolsar a la parte vencedora (una empresa danesa).

La opinión del TJCE es contundente: Los arts. 49 y 50 TCE (arts. III.29 y III.30 PCE), así como la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a un principio jurisprudencial de un Estado miembro en virtud del cual se establece como límite máximo para el reembolso de las prestaciones de servicios realizadas por un abogado establecido en otro Estado miembro, efectuado por la parte que ha perdido un litigio a la parte que lo ha ganado, la cuantía de los honorarios que habría ocasionado la intervención de un abogado establecido en el primer Estado miembro.

El art. 49 TCE (arts. III.29 PCE) y la Directiva 77/249 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un principio jurisprudencial de un Estado miembro que establece que la parte que gana un litigio en el que ha sido representada por un abogado establecido en otro Estado miembro no tiene derecho a que la parte vencida le reembolse, además de los honorarios de este abogado, los honorarios de un abogado que ejerza ante el tribunal que conoce del asunto y cuya intervención es obligatoria en virtud de la legislación nacional, que le impone el deber de actuar de acuerdo con el primer abogado.

Por último, la **STJCE (Sala Quinta) 11 de diciembre de 2003, “Schnitzer”, As. C-215/01**, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal alemán, destinada a obtener una decisión prejudicial sobre la interpretación de los arts. 49, 50, 54 y 55 TCE (arts. III.29, III.30, III.34 y III.35 PCE) así como de la Directiva 64/427/CEE del Consejo, de 7 de julio de 1964, relativa a las modalidades de medidas transitorias en el ámbito de las actividades por cuenta propia de transformación correspondientes a las clases 23 a 40 de la CITI (Industria y artesanía) (DO 1964, 117; EE 06/01). En opinión del Tribunal, el Derecho comunitario en materia de libre prestación de servicios se opone a que un operador económico esté sujeto a una obligación de inscripción en el Registro de Oficios que retrase, complique o haga más costosa la prestación de sus servicios en el Estado miembro de acogida cuando se reúnen los requisitos para el ejercicio de dicha actividad en este Estado establecidos por la Directiva aplicable en materia de reconocimiento de las cualificaciones profesionales. El mero hecho de que un operador económico establecido en un Estado miembro preste servicios idénticos o similares repetidamente o con cierta regularidad en otro Estado miembro sin disponer en éste de una infraestructura que le permita ejercer de manera estable y continua una actividad profesional y, a partir de dicha infra-

estructura, dirigirse, entre otros, a los nacionales de este Estado miembro, no basta para considerar que está establecido en dicho Estado miembro.

b) Libertad de establecimiento

Han sido cinco las sentencias producidas en el período que comentamos (finales de septiembre a noviembre de 2003). La primera de ellas **STJCE de 30 de septiembre de 2003, “Inspire Art”, As. C-167/01**, en la que se plantea una cuestión prejudicial sobre la interpretación de los arts. 43, 46 y 48 TCE (arts. III.22 y III.27 PCE). El supuesto de hecho se suscitó en el marco de un litigio entre la Cámara de Comercio e Industria de Ámsterdam (Países Bajos y la sociedad inglesa Inspire Art Ltd., relativo a las obligaciones impuestas a la sucursal de esta sociedad en los Países Bajos de inscribirse en el Registro Mercantil neerlandés con la mención “sociedad formalmente extranjera” y de utilizar esta mención en el tráfico mercantil, obligaciones establecidas en la Ley holandesa sobre sociedades formalmente extranjeras, de 17 de diciembre de 1997.

El Tribunal estimó dicha práctica contraria a Derecho comunitario por cuanto el art. 2 de la Directiva 89/666/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, 11ª Directiva relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado, se opone a una normativa nacional, como la Ley holandesa sobre sociedades formalmente extranjeras, ya que impone obligaciones de publicidad no previstas en dicha Directiva a la sucursal de una sociedad constituida de conformidad con la legislación de otro Estado miembro. En el Derecho comunitario, los arts. 43 y 48 TCE (arts. III.22 y III.27 TCE) se oponen a una normativa nacional, como la holandesa, que supedita el ejercicio de la libertad de establecimiento con carácter secundario en dicho Estado, por parte de una sociedad constituida de conformidad con la legislación de otro Estado miembro, a determinados requisitos establecidos en el Derecho de sociedades interno para la constitución de sociedades, relativos al capital mínimo y a la responsabilidad de los administradores. Las razones por las que se haya constituido la sociedad en el primer Estado miembro, y el hecho de que ejerza sus actividades exclusivamente, o casi exclusivamente, en el Estado de establecimiento, no la privan del derecho a invocar la libertad de establecimiento garantizada por el TCE, salvo que se demuestre la existencia de abuso en el caso concreto.

En segundo lugar, **STJCE (Sala Segunda) de 16 de octubre de 2003 “Comisión contra Reino Unido”, As. C-489/01**, resulta especialmente interesante para España por cuanto en la misma se declara el incumplimiento de Gran Bretaña al no haber adaptado a su Derecho interno a la Directiva 97/9/CE (DO L 84) respecto al territorio de Gibraltar.

El Tribunal, muy escuetamente, declaró que el Reino Unido había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 15 de la Directiva 97/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de marzo de 1997, relativa a los sistemas de indemnización de los inversores, al no haber adoptado, con respecto al territorio de Gibraltar, las dispo-

siciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la citada Directiva.

Finalmente, la STJCE (Sala Quinta) de 13 de noviembre de 2003, “Morgenbesser”, As. C-313/01, analiza de nuevo el recurrente problema del reconocimiento de títulos. Esta vez la Corte suprema italiana planteó una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de los arts. 10, 12, 14, 39, 43 y 149 TCE (arts. III.16, III.7, III.14, III.18, III.22 y III.182 PCE). Dicha cuestión se suscitó en el marco de un recurso de casación interpuesto por la Sra. Morgenbesser contra la resolución del Consejo General de la Abogacía de Italia por la que se confirma la resolución de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Génova, denegatoria de su inscripción en el registro de los *praticanti*.

Para el TJCE, el Derecho comunitario se opone a la negativa por parte de las autoridades de un Estado miembro de inscribir en el registro de las personas que realizan el período de prácticas, necesario para poder incorporarse al Colegio de Abogados, a quien esté en posesión de un título de Licenciado en Derecho obtenido en otro Estado miembro por la mera razón de no tratarse de un título de Licenciado en Derecho expedido, confirmado o convalidado por una universidad del primer Estado.

C) Libre circulación de trabajadores

a) Ámbito de aplicación material. Empleos en la Administración pública

Desde el punto de vista material, la única excepción existente a la libertad de circulación de trabajadores, autorizada por el art. 39.4 CE, son los empleos en la Administración Pública. Dos relevantes sentencias dictadas en este período han versado sobre la definición del ámbito de esta excepción.

En efecto, las SSTJCE de 30 de septiembre de 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, As. C-405/01, y de 30 de septiembre de 2003, Anker y otros, As. C-47/02, analizan si el art. 39.4 CE permite a un Estado reservar los empleos de capitán y primer oficial de buque a sus propios nacionales. Para resolver tal cuestión, el Tribunal Europeo recuerda que el art. 39.4 CE se refiere a los empleos que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas y que suponen pues, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad (sentencias Comisión/Bélgica, antes citada, apartado 10, y de 2 de julio de 1996, Comisión/Grecia, C-290/94, Rec. p. I-3285, apartado 2) y que, como excepción a la norma fundamental de libre circulación y de no discriminación de los trabajadores comunitarios, el art. 39 CE, apartado 4, debe recibir una interpretación que limite su alcance a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que esta disposición permite proteger por los Estados miembros (véase, en particular, la sentencia de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia, 225/85, Rec. p. 2625, apartado 7). Pues bien, el TJCE comprueba que el Derecho nacional otorga a los

capitanes y primeros oficiales de buques por una parte, prerrogativas relacionadas con el mantenimiento de la seguridad y el ejercicio de facultades de policía, especialmente en caso de peligro a bordo, acompañadas, en su caso, de facultades de instrucción, coercitivas o sancionadoras, que van más allá de la simple contribución al mantenimiento de la seguridad pública a la que cualquier particular está obligado y, por otra parte, atribuciones en materia de fe pública y de estado civil, que no pueden deducirse de las meras necesidades de mando del buque. Tales funciones constituyen una participación en el ejercicio de prerrogativas de poder público en aras de la protección de los intereses generales del Estado del pabellón. Además:

“el hecho de que los capitanes sean empleados de una persona física o jurídica de Derecho privado no descarta, por sí mismo, la aplicabilidad del artículo 39 CE, apartado 4, puesto que está demostrado que, para cumplir las funciones públicas que se les ha encomendado, los capitanes actúan como representantes del poder público, en aras de los intereses generales del Estado de pabellón (apartado 43)”.

Ahora bien, el TJCE introduce una matización muy importante, y es que la aplicación de la excepción a la libre circulación de trabajadores, prevista en el art. 39 CE, apartado 4, no puede justificarse por el mero hecho de que el Derecho nacional atribuye prerrogativas de poder público a los titulares de los empleos controvertidos. Además, dice la Corte Europea, “es necesario que dichos titulares ejerzan efectivamente de forma habitual dichas prerrogativas y que éstas no representen una parte muy reducida de sus actividades”. Ello es así porque el alcance de esta excepción debe limitarse a lo que es estrictamente necesario para salvaguardar los intereses generales del Estado miembro de que se trate, que no se ven amenazados si las prerrogativas de poder público se ejercen únicamente de forma esporádica o excepcional por nacionales de otros Estados miembros (apartado 44). Y en este sentido, el TJCE afirma que los empleos de capitán y primer oficial constituyen empleos en los que el ejercicio de la función de representación del Estado de pabellón es, en la práctica, ocasional.

b) Contenido jurídico

En relación con los derechos de entrada y residencia resulta muy interesante la **STJCE de 23 de septiembre de 2003, Akrich, As. C-109/01**, en las que se discute si se ha producido un abuso en el ejercicio de los derechos que otorga la normativa comunitaria. En este sentido, en el supuesto, una nacional británica contrae matrimonio con un nacional marroquí que reside ilegalmente en Reino Unido. Después de ser éste detenido, el matrimonio se traslada a Irlanda, para que, cuando la nacional británica regrese al Reino Unido seis meses después, dicho Estado tenga la obligación de autorizar la entrada y residencia de su cónyuge. Pues bien, el TJCE declara que no se ha producido el pretendido abuso, y en este sentido recuerda que “los motivos que hayan podido impulsar a un trabajador de un Estado miembro a buscar trabajo en otro Estado miembro son irrelevantes en lo que se refiere a su derecho de entrada y residencia en el territorio de este último Estado, siempre que ejerza o desee ejercer una actividad real y efectiva (Sentencia de

23 de marzo de 1982, Levin, 53/81, Rec. p. 1035, apartado 23)”. Así, la Corte Europea concluye que, por el contrario, se cometería un abuso si las facilidades que ofrece el Derecho comunitario a los trabajadores migrantes y sus cónyuges se invocaran en casos de matrimonios de conveniencia celebrados para eludir las disposiciones relativas a la entrada y a la residencia de los nacionales de países terceros (apartado 57).

Por otro lado, se han dictado tres sentencias en relación con la igualdad de trato. En primer lugar, la **STJCE de 30 de septiembre de 2003, Köbler, As. C-224/01**, analiza si el complemento especial de antigüedad que reconoce la legislación austriaca a los Catedráticos de Universidad que acrediten quince años de servicios en las universidades austriacas es compatible con las disposiciones del Tratado. Pues bien, el Tribunal constata que dicha medida obstaculiza la libre circulación de trabajadores y que solamente puede admitirse una medida de esa naturaleza si persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y se justifica por razones imperiosas de interés general. Este punto es el más importante de esta sentencia, porque se analiza por primera vez en la jurisprudencia comunitaria si una prima de fidelidad —que trata de recompensar la fidelidad del trabajador a su empleador— puede justificar un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores. Pues bien, el TJCE declara que:

“Aunque no puede excluirse que el objetivo de lograr la fidelidad de los trabajadores hacia sus empleadores en el marco de una política de investigación o de enseñanza universitaria constituya una razón imperiosa de interés general, se ha de señalar que, habida cuenta de las características particulares de la medida controvertida en el asunto principal, el obstáculo que implica no puede justificarse a la luz del objetivo mencionado.”

En este sentido, el Tribunal europeo argumenta que, por una parte, aunque todos los profesores de universidades públicas austriacas sean empleados de un único empleador, a saber el Estado austriaco, están destinados en diferentes universidades, de modo que en el mercado de trabajo de los profesores universitarios, las diversas universidades austriacas no sólo compiten con las universidades de otros Estados miembros y las de países terceros, sino también entre ellas, y que, por otra parte, si bien el complemento especial por antigüedad está destinado a recompensar la fidelidad de los trabajadores hacia su empleador, también tiene como consecuencia recompensar a los profesores de las universidades austriacas que continúan ejerciendo su profesión en el territorio austriaco.

Por su parte, la **STJCE de 2 de octubre de 2003, Van Lent, As. C-232/01**, tiene por objeto resolver una cuestión prejudicial mediante la cual el órgano jurisdiccional nacional pregunta fundamentalmente si el art. 39 CE se opone a una normativa nacional de un primer Estado miembro que prohíbe a un trabajador domiciliado en ese Estado utilizar en el territorio de dicho Estado un vehículo matriculado en un segundo Estado miembro limítrofe con el primero, perteneciente a una sociedad de *leasing* establecida en ese segundo Estado y puesto a disposición del trabajador por su empresa, establecida asimismo en ese segundo Estado. La prohibición de utilización de este vehículo se deriva de que la legislación belga no autoriza a poner en circulación un vehículo si no ha sido previamente matriculado en Bélgica a nombre de su propietario y, en este caso, ni la sociedad de *leasing* propietaria del mismo ni su conductor, por distintos motivos, podían

matricular el vehículo en Bélgica. Pues bien, el TJCE declara que la medida, al tener por efecto impedir a un trabajador disfrutar de determinadas ventajas y, en especial, la de puesta a disposición de un vehículo, puede disuadirle de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación y, por tanto, vulnera el art. 39 CE.

Finalmente, la **STJCE de 9 de septiembre de 2003, Burbaud, As. C-285/01**, ha establecido que la declaración de haber superado el examen final de la formación en la *École nationale de la santé publique* (“Escuela Nacional de la Salud Pública Francesa”), que culmina con el nombramiento definitivo como funcionario en un hospital público francés, debe calificarse de “título” en el sentido de la Directiva 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. En este sentido, la sentencia afirma que cuando un nacional de un Estado miembro está en posesión de un título, obtenido en un Estado miembro, equiparable al exigido en otro Estado miembro para acceder a un empleo en un hospital público, el Derecho comunitario se opone a que las autoridades del último Estado miembro supediten la incorporación de dicho nacional al citado empleo a la superación de un procedimiento de selección como las pruebas de acceso a la *École nationale de la santé publique*.

c) Límites

Como es sabido, la libre circulación de trabajadores puede verse limitada por razones de orden público, seguridad y salud pública (art. 39.3 CE). Pues bien, en las **SSTJCE de 30 de septiembre de 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, As. C-405/01**, y de **30 de septiembre de 2003, Anker y otros, As. C-47/02**, el TJCE ha declarado que la facultad de los Estados miembros de limitar la libre circulación de las personas por motivos de orden público, de seguridad pública y de salud pública no tiene por objeto dejar sectores económicos, como el de la marina mercante, o profesiones, como la de capitán o primer oficial de buques mercantes, fuera del ámbito de aplicación de este principio desde el punto de vista del acceso al empleo, sino permitir a los Estados miembros que denieguen el acceso o la estancia en su territorio a personas cuyo acceso o estancia en dicho territorio constituiría, como tal, un peligro para el orden público, la seguridad pública o la salud pública (apartado 42).

D) Libre circulación de capitales

a) Autorización previa para la adquisición de inmuebles

La **STJCE de 23 de septiembre de 2003, Ospelt, As. C-452/01**, examina la compatibilidad con el Derecho comunitario de determinada legislación austriaca relativa a la adquisición de bienes inmuebles que impone para su adquisición la necesidad de obtener una autorización previa. Ya las **SSTJCE de 1 de junio de 1999, Konle, As. C-302/97**, de 5 de marzo de 2002, **Reisch, As. Ac. C-515/99, C-519/99 a C-524/99 y C-526/99 a C-540/99**

y de 15 de mayo de 2003, Salzmann, As. C-300/01, habían analizado otra legislación austriaca que imponía la autorización previa para la adquisición de determinados inmuebles. En todas estas sentencias, el Tribunal de Justicia había llegado a la conclusión de que la autorización previa constituía un obstáculo demasiado severo para la libre circulación de capitales. A diferencia de estos casos, en la sentencia que ahora reseñamos sí se considera proporcional el establecimiento de un procedimiento de autorización previa de la adquisición porque es el único modo de alcanzar los objetivos establecidos —que en este caso no es prohibir la edificación de residencias secundarias en los supuestos de enajenación de terrenos edificables pero no edificadas, como en los supuestos anteriores, sino conservar la población agrícola—. Y es que el TJCE afirma que:

“En efecto, el objetivo de apoyo y de desarrollo de una agricultura viable, sobre la base de consideraciones sociales y relativas a la ordenación del territorio, implica que los terrenos destinados a la agricultura mantengan su uso y que sigan explotándose en condiciones satisfactorias. En tales circunstancias, el control previo realizado por las autoridades competentes no responde únicamente a una necesidad de información, sino que persigue garantizar que la transmisión de los terrenos agrícolas no dé lugar al cese de su explotación ni a una utilización que presente un riesgo de incompatibilidad con su destino duradero a las necesidades de la agricultura (apartado 43).

Un control realizado por las autoridades nacionales posteriormente a la cesión de dichos terrenos no ofrecería las mismas garantías. Tal control no podría impedir una cesión que fuera contraria a la citada finalidad de continuidad de la explotación y por tanto no cumpliría el citado objetivo. Además, las intervenciones *a posteriori*, tales como medidas de anulación de la transacción, sanciones o decisiones de expulsión, sólo podrían ser adoptadas por órganos jurisdiccionales y provocarían retrasos incompatibles con las exigencias de continuidad de la explotación y buena gestión de la propiedad de la tierra. Así, la seguridad jurídica se vería alterada, cuando constituye una de las preocupaciones esenciales de cualquier régimen de transmisión de la propiedad inmobiliaria (apartado 44).”

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 constitucional.

a) Carácter mixto del recurso (art. 43 LOTC). b) Agotamiento de los recursos e invocación en el proceso de los derechos vulnerados [art. 44.1.a) y c) LOTC]. c) Identificación de los preceptos constitucionales en la demanda de amparo (art. 49.1 LOTC).

3. Criterios

de distribución de competencias. A) Concurrencia de títulos competenciales en un

mismo espacio físico y necesidad de mecanismos de colaboración. B) Pesca fluvial y

competencias estatales en materia de medio ambiente. C) Comercio interior y ordena-

ción general de la economía (art. 149.1.13 CE): regulación estatal y autonómica de los

grandes establecimientos comerciales. Competencias ejecutivas estatales en materia de

defensa de la competencia. D) Comercio interior y legislación civil y mercantil: regula-

ción de tipos especiales de ventas (saldos, especiales y ambulantes). E) Ausencia de

petición de informe previo para modificación del Régimen Económico y Fiscal de

Canarias. F) Ordenación del territorio y trazados de carreteras de competencia estatal:

estudios de carreteras. G) Ordenación farmacéutica: dispensación de medicamentos por

mensajero y radiofarmacias. H) Subvenciones: programas de desarrollo industrial.

1. INTRODUCCIÓN

Nada nuevo ha acontecido en materia procesal ni de distribución de competencias en este trimestre. Ésa es la noticia. Sólo merecen una mención especial, aunque una valoración no excesivamente positiva, las SSTC 137/2003 y 175/2003. La primera porque parece tener una manifiesta falta de relevancia práctica la omisión estatal de la petición de informe al Parlamento Canario antes de la aprobación de normas reguladoras de su Régimen Económico y Fiscal. Y la segunda, un complejo conflicto competencial en materia de subvenciones, porque una vez más se muestra el carácter francamente expansivo del título competencial estatal relativo a la “ordenación general de la economía”.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de amparo

a) Carácter mixto del recurso (art. 43 LOTC)

Diversas sentencias se ocupan de precisar los habituales problemas procesales derivados del carácter mixto de los recursos frente a resoluciones administrativas y judiciales a un tiempo, donde las inexactitudes de las demandas a la hora de deducir las impugnaciones y centrar el acto recurrido del amparo suelen ser muy frecuentes. El Tribunal Constitucional parece querer hacer pedagogía este trimestre en este extremo, daremos noticia de algunas de estas sentencias, pese a no ser nuevo el asunto.

En la **STC 128/2003, de 30 de junio**, la Sala Primera (FJ 2º) se plantea la necesidad de entrar a enjuiciar las resoluciones administrativas previas a los Autos recurridos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Soria, y se concluye que un orden lógico obliga a seguir este itinerario, pues lo que sostiene el demandante es que el órgano judicial no ha realizado pronunciamiento alguno respecto de las vulneraciones que se achacan a la decisión administrativa previa. Se considera en consecuencia necesario retrotraer las actuaciones, pues el restablecimiento de cualquiera de los derechos exigiría dar oportunidad al órgano judicial de pronunciarse por primera vez respecto de lo planteado por el recurrente y realizar un primer examen de las infracciones achacables al acto administrativo.

En la **STC 129/2003, de 30 de junio**, Sala Segunda, se otorga amparo contra Sentencia de un juzgado de lo C-A de Sevilla que desestimó una demanda contra la Junta de Andalucía por una sanción en materia de agricultura. En su FJ 2º, se reconoce el carácter mixto del recurso que se deduce tanto de las pretensiones ejercitadas –anulación de la Sentencia citada y archivo del expediente sancionador– como de la naturaleza de los motivos esgrimidos, pues algunos de ellos –legalidad sancionadora y presunción de inocencia– han de entenderse dirigidos en primer lugar contra las resoluciones administrativas.

La **STC 147/2003, de 14 de julio**, Sala Segunda, desestima un amparo contra una Sentencia de la Sala de lo C-A del TSJ de Cataluña. El TC, en su FJ 1º, considera que, de haberse efectivamente producido, buena parte de las lesiones constitucionales aducidas en la demanda tendrían origen directo en una previa resolución administrativa de carácter sancionador; y se entiende que la impugnación de dicha Sentencia es intrascendente y resultado sólo de una deficiente y equivocada interpretación del art. 43 LOTC. La deficiente articulación del recurso de amparo no impide el examen de las infracciones constitucionales en las que supuestamente ha incurrido la Administración.

En la **STC 159/2003, de 15 de septiembre**, la Sala Primera se plantea el carácter mixto de la demanda por la acción combinada de los arts. 43 y 44 LOTC (unas resoluciones administrativas presuntamente vulneradoras de derechos y de vulneración autónoma

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

imputable a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo), circunstancia que obliga al TC a entrar en primer lugar a examinar las lesiones aducidas frente a las resoluciones administrativas.

En la **STC 176/2003, de 10 de octubre**, la Sala Segunda resuelve un amparo electoral promovido por una agrupación abertzale contra una Sentencia de la peculiar Sala del art. 61 LOPJ del TS que desestima recurso contra el Acuerdo de la Junta Electoral de Pamplona. Se suscita igualmente el carácter mixto del recurso, pues aunque la parte actora sólo interpone amparo contra la Sentencia, lo cierto es que, salvo el derecho a la tutela judicial, las vulneraciones de la mayoría de los derechos invocados se deben a la decisión de no proclamación de la candidatura por la Junta Electoral de Zona, y sólo mediatamente, en cuanto no reparase en tales vulneraciones, al órgano judicial.

b) Agotamiento de los recursos e invocación en el proceso de los derechos vulnerados [art. 44.1.a) y c) LOTC]: flexibilidad e interpretación finalista

La **STC 133/2003, de 30 de junio**, permite reiterar dos doctrinas habituales. Primero que el carácter subsidiario del amparo obliga sólo a los medios de impugnación sobre los que no quepa albergar ninguna duda respecto de su procedencia y a la posibilidad real y efectiva de su interposición. En relación a la falta de invocación en el proceso previo [art. 44.1.c) LOTC], se insiste en que no se exige tanto la concreta identificación del derecho vulnerado ni mencionar el *nomen iuris* cuanto que se acote el contenido del derecho fundamental aducido.

En la **STC 134/2003, de 30 de junio**, Sala Primera, FJ 2º, se discuten las consecuencias de no haberse interpuesto recurso de aclaración e incidente de nulidad de actuaciones a tenor de los arts. 267 y 240.3 LOPJ, respectivamente, contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. El TC reitera que el recurso de aclaración no es exigible desde la perspectiva de la LOTC, pero sí el de incidente de nulidad de actuaciones a fin de dar oportunidad al órgano juzgador de subsanar el vicio de incongruencia en la resolución.

En la **STC 153/2003, de 17 de julio**, Sala Segunda, un amparo electoral respecto de Sentencia de la Sala de lo CA del TSJ de Galicia, se planteó el óbice procesal del art. 44.1.c) LOTC consistente en la no invocación en la vía judicial previa del derecho vulnerado. El TC mantiene su doctrina de que debe imperar el criterio finalista de atender a los términos en que formuló la pretensión en la vía judicial previa, para determinar si los mismos permitieron al juzgador reconocer de modo suficiente la vulneración del derecho fundamental (acceso a los cargos representativos y alteración de papeletas en voto por correo).

c) Identificación suficiente de los preceptos constitucionales en la demanda de amparo (art. 49.1 LOTC): su relación con la eventual existencia de otros motivos ex artículo 84 LOTC

En la **STC 143/2003, de 14 de julio**, Sala Segunda, un amparo contra resoluciones del TSJ de Andalucía y de un juzgado de lo C-A, el Ministerio Fiscal entiende que la lesión de la tutela judicial sin indefensión no puede prosperar, pues ya se intentó a través de los meca-

nismos establecidos en la entonces vigente Ley 62/1978 quedando expedita la vía constitucional, no pudiéndose proceder a la devolución de actuaciones al órgano que inadmitió el recurso y entrarse directamente a decidir el fondo del amparo constitucional. Esta doctrina, consolidada en el TC, no puede extenderse sin más a todos los casos en que se haya promovido previamente un procedimiento especial de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, sino que habrá que deslindar y excluir los derechos que se argumentaron en el procedimiento especial y abordar los que conjuntamente se acompañan, que en este caso consiste no en los vulnerados por la actuación administrativa objeto del procedimiento especial (art. 24), sino una vulneración del art. 28 (libertad sindical). Para el TC (FJ 2º) sin embargo, el actor no ha tenido intención en ningún momento de plantear ante el Tribunal Constitucional una vulneración ex art. 28, sino que insiste en su lesión de la tutela judicial efectiva sin indefensión y en la necesidad de retrotraer las actuaciones al período probatorio. No le corresponde al TC reconstruir de oficio las demandas ni suplir las razones de las partes, ni suscitar la eventual existencia de motivos relevantes fuera de los supuestos contemplados por el art. 84 LOTC, siendo una carga del demandante de amparo la de proporcionar la fundamentación fáctica y jurídica. El criterio de flexibilidad que observa el TC en cuanto a la invocación precisa de los derechos vulnerados en la demanda de amparo, debe de tener un límite, pues no se puede llevar hasta el extremo de ignorar, restringir o sustituir la voluntad del recurrente, decidiendo acerca de la existencia o no de lesiones que claramente no hayan sido objeto de su queja.

3. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Durante el período objeto de la crónica se han dictado seis Sentencias que resuelven controversias competenciales. Ninguna de ellas contiene innovaciones dignas de comentario, si bien —ya se ha dicho al inicio— pueden resaltarse, aunque no con una valoración excesivamente positiva, las SSTC 137/2003 y 175/2003.

A) Concurrencia de títulos competenciales en un mismo espacio físico y necesidad de mecanismos de colaboración en las materias de pesca y ordenación del territorio (carreteras)

Tanto en la STC 123/2003, de 19 de junio, como en la STC 151/2003, de 17 de julio, nos encontramos con el conocido supuesto de concurrencia de diferentes títulos competenciales sobre un mismo espacio físico y se recuerda que “la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio siempre que ambas tengan distinto objeto jurídico, y que el ejercicio de las competencias autonómicas no interfieran o perturben el ejercicio de las estatales, por lo que, frecuentemente, resultará imprescindible el establecimiento de mecanismos de colaboración que permitan la necesaria coordinación y cooperación entre las Administraciones Públicas implicadas (SSTC 15/1998 y 110/1998)”.

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

B) Pesca fluvial y competencias estatales en materia de medio ambiente

La STC 123/2003, de 19 de junio, resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 8/1995, de 27 de abril, de pesca. El TC se limita a reproducir su jurisprudencia anterior, en concreto la STC 15/1998, dictada frente a preceptos similares de una Ley de Castilla-La Mancha (véase *Justicia Administrativa*, 1). El conflicto competencial se centra en el alcance y colisión, respectivamente, de los títulos estatales relativos a legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren por más de una Comunidad Autónoma (art. 149.1.22 CE) y la legislación básica en materia de medio ambiente (art. 149.1.23 CE), frente a los autonómicos relativos a pesca fluvial y a normas de desarrollo y ejecución en protección del medio ambiente. Se recuerda que la competencia autonómica en materia de pesca fluvial no puede ignorar la inescindible conexión existente entre el recurso natural objeto de la actividad de pesca y el medio en el que habita. Sentado el criterio general, se pasa a examinar los preceptos impugnados, declarando en general la constitucionalidad de los mismos excepto cuando suponían la invasión o el condicionamiento injustificado, o sin posibilidad de colaboración, de las competencias estatales, y aplicando de manera reiterada y de forma literal los argumentos utilizados en la citada STC 15/1998.

Todo ello nos lleva a interrogarnos otra vez sobre la escasa lógica del sistema. Es inexistente la necesidad de mantener recursos como éste, dado el notable y creciente retraso que padece el TC (8 años aquí), incrementado por la evidente falta de colaboración de las entidades públicas recurrentes, quienes claramente deberían haber desistido en todos los supuestos ya resueltos y mantener únicamente aquellos preceptos que aún suscitaban dudas de constitucionalidad. Igualmente parece absurdo que el legislador autonómico mantenga en vigor, preceptos idénticos a los que ya han sido declarados inconstitucionales. Los efectos deseables de la intensa vinculación a la doctrina constitucional distan todavía de extraerse de forma bastante por sus destinatarios.

C) Comercio interior y ordenación general de la economía (art. 149.1.13 CE): regulación estatal y autonómica de los grandes establecimientos comerciales. Alcance de las competencias ejecutivas estatales en materia de defensa de la competencia

Con la STC 124/2003, de 19 de junio, se resuelven dos recursos de inconstitucionalidad promovidos por la Comunidad Foral de Navarra. El primero contra distintos preceptos de la Ley 7/1996 de ordenación del comercio minorista y el segundo contra la Ley Orgánica 2/1996 complementaria de la de ordenación del comercio minorista. Se plantea la impugnación de determinados aspectos de la regulación de los llamados “grandes establecimientos comerciales”. Para la Comunidad Autónoma, el asunto se encuadraría dentro de sus competencias sobre comercio interior y urbanismo. Para el Estado, la regulación estaría amparada en el art. 149.1.13.

Y se suscitan dos cuestiones diversas. Determinar si el Estado puede dictar normas básicas sobre los establecimientos comerciales fijando una ordenación homogénea para todo el

territorio, lo que incluiría: un contenido mínimo de la noción de gran establecimiento, la sujeción a una licencia comercial específica otorgada por las CCAA y unos criterios mínimos para su otorgamiento. Y si la normativa estatal básica puede imponer un informe del Tribunal de Defensa de la Competencia como trámite preceptivo para el otorgamiento o denegación de la licencia.

Respecto de la primera cuestión, el Tribunal, recordando la STC 227/1993, reconoce las competencias de la Comunidad Autónoma derivados de sus títulos sobre comercio interior y urbanismo, pero asimismo advierte que en la misma no se descartaba la posibilidad de que una normativa estatal básica —inexistente en aquel momento— pudiera establecer límites al legislador autonómico. Precisamente esa normativa es la que ahora se contiene en los preceptos impugnados. En tal sentido, la definición de gran establecimiento y la regulación subsiguiente —los criterios para el otorgamiento de la licencia— tienen como finalidad adoptar una norma básica de ordenación económica, fijando unos criterios globales del sector que poseen una clara incidencia sobre la actividad económica general. Además, se respetan las competencias autonómicas en tanto sólo se fijan criterios mínimos que deben ser desarrollados por la Comunidad Autónoma, que es la encargada de establecer los requisitos finales y la decisión acerca del otorgamiento de la licencia. Por todo ello, el TC concluye que los preceptos son perfectamente constitucionales al amparo del art. 149.1.13 CE.

En relación a la segunda cuestión, el informe no vinculante del Tribunal de Defensa de la Competencia como trámite para otorgar o denegar la licencia de apertura, citando de nuevo su jurisprudencia anterior, el TC recuerda que en virtud del art. 149.1.13 al Estado le corresponde no sólo la normación sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional, teniendo por ello atribuidas competencias ejecutivas en relación con las prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional. Por otra parte, la competencia ejecutiva en la materia de defensa de la competencia, atribuible a la Comunidad Autónoma en virtud de sus competencias de comercio interior, se halla limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario. De este modo en su jurisprudencia anterior (STC 208/1999, véase *Justicia Administrativa*, 7, 2000) se consideró inconstitucional la atribución en exclusiva al Tribunal de Defensa de la Competencia de una función ejecutiva si se trata de actos realizados dentro del territorio de la Comunidad Autónoma y que carezca de trascendencia sobre el mercado supraautonómico. El citado informe para el otorgamiento de licencias para grandes establecimientos “sólo estará justificado para aquellos establecimientos que pretendan ubicarse en una zona que pueda alterar la competencia en un ámbito supracomunitario” (FJ 4º).

Esta decisión es contestada fuertemente por parte de cinco magistrados en un Voto Particular en el que se entiende que el criterio adoptado por la mayoría es en exceso indeterminado. Al tiempo que defienden que este informe previo no es más que un ins-

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

trumento de colaboración (dado su carácter no vinculante) entre el poder central y los poderes autonómicos y que, por tanto, no invadía las competencias autonómicas.

El litigio genera en estos cronistas una doble reflexión. Por una parte parece que la progresiva extensión del ámbito material del art. 149.1.13 carece de límites y abarca cuestiones de un detalle que parece vaciar de mucho sentido a las competencias con contenido económico de la Comunidad Autónoma. Ante una extensión tan amplia resulta lógico que los criterios de delimitación del ámbito de incidencia de los poderes estatales en la función ejecutiva correspondiente a los entes autonómicos acabe utilizando criterios fuertemente indeterminados (ubicación de un gran establecimiento en una zona que pueda afectar a la libre competencia supracomunitaria —sic—); lo cual suscita recelos desde la perspectiva de salvaguardar las competencias de éstos ante la expansividad constante de las competencias económicas estatales. Y, por otra parte, no deja de ser sorprendente, aunque se trate de una actitud bastante habitual, la constante alegación del principio de colaboración por determinados Magistrados cuando es la competencia autonómica la que se ve afectada, no así cuando de lo que se trata es de exigir colaboración a los poderes centrales en el ejercicio de sus propias competencias. Esto es, igual que es *a priori*, razonable que el Tribunal de Defensa de la Competencia pueda intervenir a través de informes no vinculantes en el otorgamiento de licencias a grandes establecimientos, para garantizar el ejercicio de las competencias estatales sobre la ordenación general de la economía, también parecería razonable exigir un procedimiento flexible, con participación de los órganos autonómicos, para la definición del concepto de gran establecimiento o para la fijación de los criterios mínimos para el otorgamiento de una licencia cuando ello, indudablemente, afecta a las competencias autonómicas en comercio interior y en urbanismo. Dicho en otros términos, se aprecia en la jurisprudencia del TC y en los Votos Particulares de determinados Magistrados una notable preocupación por la colaboración cuando es la Comunidad Autónoma la que ve limitada procedimentalmente su capacidad de decisión, pero esa preocupación es notablemente inferior (al menos a la hora de concluir la constitucionalidad o no de las normas controvertidas) cuando debiera ser el Estado el limitado en el concreto modo de ejercicio de sus competencias. El ejemplo citado más adelante respecto al Régimen Fiscal de Canarias nos parece suficientemente elocuente respecto a esta preocupante tendencia.

D) Comercio interior y legislación civil y mercantil: regulación de tipos especiales de ventas (saldos, especiales y ambulantes)

En la antes citada STC 124/2003, de 19 de junio, se plantean también una serie de cuestiones relativas a la regulación de diversos tipos de ventas. Así las “ventas de saldos” en las que las competencias alegadas por la Comunidad Autónoma recurrente son las de comercio interior y protección al consumidor y por el Estado las relativas a legislación mercantil. A juicio del TC, el Estado sólo puede pretender la regulación de este tipo de ventas cuando pretenda fijar las relaciones contractuales derivadas de esa forma de venta o cuando su finalidad sea regular el régimen de competencia entre los ofertantes. Pues bien, el concreto precepto impugnado, precisamente, se enmarca en esta situación en tanto que establece una excepción a la prohibición general de las ventas a pérdida, por lo que el precepto resulta constitucional.

Respecto a la regulación general y común de las “ventas especiales”, el conflicto se plantea de nuevo entre las competencias sobre comercio interior y de ordenación general de la economía. El TC entiende que la exigencia de autorización y de su eventual inscripción registral por parte de la CA para ejercer ventas a distancia, ambulantes, automáticas o en pública subasta no puede considerarse un criterio global de ordenación de este sector económico, sino una medida de política administrativa correspondiente a la disciplina de mercado y dirigida a la protección del consumidor por lo que la regulación estatal invade las competencias autonómicas.

Respecto a la regulación de la “venta ambulante”, el conflicto se suscita sobre la extensión de las competencias en materia de comercio interior y de regulación del contenido privado de los contratos (art. 149.1, apartados 6 y 8, CE). Entiende el TC que el precepto impugnado es inconstitucional en tanto que se dirige a regular la modalidad de venta ambulante en sus aspectos netamente públicos, lo que no puede entenderse amparado por el art. 149.1, apartados 6 y 8, CE.

Finalmente, la Sentencia se centra en la regulación del régimen de infracciones y sanciones respecto a los que el poder central alega la concurrencia de los títulos contenidos en el art. 149.1.1 y 149.1.18. Tras recordar su jurisprudencia al respecto, en concreto el carácter instrumental de la potestad sancionadora respecto al ejercicio de las competencias sustantivas, el TC afirma que tanto el establecimiento de criterios para la graduación de las sanciones, como las previsiones relativas a la reincidencia y prescripción de las sanciones se dirigen a garantizar a los administrados la igualdad básica encomendada por el art. 149.1.1 y amparada, igualmente, por el art. 149.1.18 CE.

E) Ausencia de petición de informe previo para modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias: sale barato incumplir las normas constitucionales de procedimiento para tutelar regímenes especiales

La STC 137/2003, de 3 de julio, resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Canarias contra el Real Decreto-Ley 12/1995 sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera. En dicha norma estatal se regulaba el tipo de gravamen del impuesto especial sobre determinados medios de transporte. Dos son las cuestiones planteadas en este recurso, por una parte, la relativa a la extensión, ámbito y límites del Decreto-Ley en tanto fuente del Derecho capaz de regular estas materias (cuestión examinada en otra parte de la presente crónica) y, por la otra, el problema de la afectación o no al régimen económico y fiscal de Canarias, puesto que el Gobierno de la Nación no había solicitado ni informe al Parlamento canario (Disposición Adicional Tercera CE y art. 46.3 EACan, para los casos de “modificación” del régimen económico y fiscal), ni le había dado audiencia (art. 46.4 EACan, para los casos de “afectación”) antes de la aprobación del antecitado Decreto-Ley. En tal sentido el Abogado del Estado entendía que el tributo objeto de regulación no formaba parte del régimen fiscal especial de Canarias. Sin embargo, el TC recuerda (citando expresamente las SSTC 16/2003 y 62/2003, véanse los comentarios a estas decisiones en los dos números anteriores de esta Revista) las características esenciales de dicho régimen, entre

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

los que se encuentra el diferencial de los tipos de gravamen para generar una menor presión fiscal indirecta en Canarias, y concluye que la norma estatal citada afectaba al régimen fiscal de Canarias por lo que requería del previo informe o audiencia del Parlamento autonómico. Informe que debería haberse obtenido con anterioridad a la convalidación del Decreto-Ley. Por todo ello, se declara la inconstitucionalidad del Decreto-Ley, si bien se modula el alcance de la declaración para evitar lesiones a los derechos de terceros, quienes adquirieron los vehículos durante la vigencia del Decreto-Ley de acuerdo con un tipo menor que el que se hubiera aplicado de proceder a aplicar una nulidad de la norma en las situaciones de hecho y de derecho creadas al amparo de la misma.

Quizás éste sea el único aspecto criticable de la decisión jurisprudencial: sale muy barato incumplir las obligaciones de audiencia al Parlamento de Canarias para modificar su régimen económico y fiscal. El fallo es puramente declarativo, sin efecto negativo alguno para las instancias centrales. De este modo, a efectos prácticos, el que el Gobierno de la Nación pida o no informe al Parlamento canario para afectar o modificar su régimen fiscal es jurídicamente irrelevante, pues siempre existirán terceros de buena fe (los ciudadanos canarios) a los que habrá que proteger los derechos adquiridos durante los siete largos años que duró este proceso constitucional. No es fácil, sin embargo, defender la solución contraria, aún peor en sus consecuencias para los ciudadanos y el interés público.

F) Ordenación del territorio y trazados de carreteras de competencia estatal: carácter vinculante de los estudios de carreteras

En la **STC 151/2003, de 17 de julio**, se resuelve un conflicto positivo de competencias suscitado (en 1995) por la Generalidad de Cataluña frente a un artículo del Reglamento General de Carreteras que prevé la obligatoriedad de incluir, en las alteraciones de los planeamientos urbanísticos, las nuevas carreteras o variantes contenidas en estudios de carreteras aprobados definitivamente. Los títulos competenciales en juego son los referentes a urbanismo y a carreteras. Para la resolución del conflicto el Tribunal recuerda que la concurrencia competencial en un mismo espacio físico obliga a fórmulas que permitan su concreta articulación e integración lo que hace especialmente necesarias las fórmulas de cooperación, si bien, en algún caso pueden resultar insuficientes por lo que deberá resolverse a quién corresponde la decisión final en estos supuestos.

El TC recuerda que el cauce de articulación de la cooperación entre ambas Administraciones se encuentra previsto en el art. 10 de la Ley de Carreteras al prever la apertura de períodos de información tanto en la creación de nuevas carreteras como en la modificación del trazado de las existentes. Período en el que las CC AA podrán hacer las sugerencias que entiendan oportunas, si bien, en última instancia la decisión final corresponde a las autoridades estatales. Los estudios de carreteras, si bien diferentes de los proyectos de construcción o de trazado, definen en líneas generales el trazado de la carretera a efectos de que pueda servir de base al expediente de información pública. Por tanto, que tales estudios definitivos vinculen a las alteraciones en los planeamientos urbanísticos no implica invasión de la competencia autonómica. En efecto, los estudios provisionales son los que son sometidos a información pública, y por tanto los que están abiertos a la participación informativa de las CCAA, y sólo después se convierten en definitivos.

Por otra parte, los del proyecto de construcción y el de trazado no pueden producir alteraciones significativas del trazado ya aprobado, por lo que parece un documento apto para vincular a las CC AA en el ejercicio de sus competencias sobre urbanismo.

G) Ordenación farmacéutica: dispensación de medicamentos por mensajero y radiofarmacias

En la **STC 152/2003, de 17 de julio**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de ordenación farmacéutica. En este recurso se plantean tres cuestiones.

En primer término, dos aspectos relativos al régimen jurídico de las autorizaciones administrativas exigibles para la apertura y funcionamiento de las oficinas de farmacia como son la transmisibilidad *inter vivos* y la caducidad en determinados casos de las oficinas de farmacia. En este supuesto se produce una sustancial identidad con el planteado en la STC 109/2003 (véase el anterior número de esta Revista) por lo que se aplican exactamente los mismos criterios entonces sustentados tanto desde el punto de vista competencial, como desde el punto de vista de la eventual afectación de algunos derechos.

En segundo lugar se plantea la cuestión de la dispensación a los enfermos crónicos de medicamentos a través de correo o servicios de mensajería. El precepto impugnado regula una forma especial de distribución de los productos farmacéuticos. Las partes alegan por un lado el título competencial estatal sobre legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16 CE) y por otra parte los títulos autonómicos relativos a “ordenación farmacéutica” y “establecimientos farmacéuticos”. La clave de la decisión se encuentra por tanto en el encuadramiento competencial del precepto impugnado, para lo que el TC utiliza su conocida doctrina de la finalidad de los títulos competenciales y de las normas en conflicto, así como el criterio de especialidad. Y se lleva a cabo a partir de una distinción —no aceptada por la minoría en un Voto Particular— en la actividad de dispensación de productos farmacéuticos: la que tiene que ver con el medicamento mismo y la que tiene que ver con la función de la farmacia. El primer aspecto será objeto de la competencia estatal, mientras que el segundo podrá ser objeto de la legislación autonómica siempre que no ponga en cuestión los principios tendentes a garantizar la seguridad de las prescripciones médicas y la salud de los pacientes.

En tercer lugar, se impugna la regulación de la actividad de las unidades de radiofarmacia y la autorización de las mismas. El conflicto se plantea en los mismos términos que el anterior en lo que a títulos competenciales se refiere. A juicio del Tribunal Constitucional, la regulación de la producción o fabricación de radiofármacos constituye un aspecto sustancial del régimen jurídico de los medicamentos y, por tanto, es objeto de la competencia estatal. La Comunidad Autónoma, al regular la cuestión se inmiscuye en aspectos relacionados con la producción de este concreto tipo de fármacos e invade la competencia estatal. Sin embargo, tal invasión competencial no se produce en lo referente a la autorización de la apertura, acreditación y cierre de las unidades de radiofarmacia que entran de lleno en la competencia sobre establecimientos farmacéuticos.

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

H) Subvenciones: programas de desarrollo orientados a la industria

La STC 175/2003, de 30 de septiembre, resuelve dos conflictos positivos de competencias planteados por el Gobierno catalán contra dos Órdenes del Ministerio de Industria y Energía de los años 1997 y 1999 reguladoras de las bases y convocatoria para la concesión de ayudas en relación con la iniciativa de apoyo a la tecnología, la seguridad y la calidad industrial. Tratándose de una normativa que afecta a varias materias, el TC opta por agrupar las cuestiones competenciales en bloques de ayudas que mantengan una cierta homogeneidad competencial y relativos: al fomento de la tecnología industrial, al programa de calidad y seguridad industrial, y al programa tecnológico de investigación y desarrollo energético. Previamente el TC recuerda su jurisprudencia en torno a las ayudas y subvenciones reguladas por el Estado tal y como la sistematiza la STC 242/1999, con constantes remisiones a la STC 13/1992, auténtico *leading case* en la materia.

El TC comienza con el programa de fomento de la tecnología industrial y las cinco áreas específicas que tal programa incluye. El conflicto competencial en este bloque es entre la alegación autonómica de las competencias compartidas en materia de industria y medio ambiente frente a la alegación estatal del “fomento y coordinación de la investigación científica y técnica” (art. 149.1.15). El TC rechaza, en primer término, la concurrencia del título “medio ambiente” en tanto que el efecto sobre el mismo de las ayudas impugnadas es muy indirecto. Y en relación a los otros dos títulos competenciales, el TC sostiene que tanto uno como otro están presentes en los distintos tipos de ayudas regulados en las Órdenes impugnadas por lo que procede a una identificación casuística de la concurrencia de uno y otro en cada una de las cinco áreas subvencionales reguladas. Sin embargo, tal calificación competencial no la realiza sólo desde los títulos competenciales alegados por las partes, sino que entiende también de aplicación, una vez más, el título relativo a la ordenación general de la economía (art. 149.1.13 CE). Partiendo de tales bases, declara la concurrencia, en determinadas áreas del título competencial relativo a “fomento y coordinación de la investigación científica y técnica” (art. 149.1.15 CE) y la constitucionalidad de las órdenes impugnadas. En otras áreas, por el contrario, afirma que la materia competencial más correcta para encuadrar la materia regulada es la de industria, pero concurre, a su juicio, también el título competencial estatal relativo a la **ordenación general de la economía**, por lo que en cada caso determina si se agota el ámbito material de la normativa básica estatal; renunciando, en una curiosa afirmación, a valorar el eventual incumplimiento del requisito formal en la determinación de las bases porque la Comunidad Autónoma “sólo ha reprochado a las normas impugnadas el incumplimiento de las exigencias materiales de la normativa básica”. A partir de tales principios procede a declarar la inconstitucionalidad de los preceptos contenidos en la orden reguladores de los aspectos atinentes al procedimiento de tramitación, gestión, concesión y pago de las ayudas.

El segundo bloque de ayudas se refiere al programa tecnológico de investigación y desarrollo energético en los que el Tribunal sigue parecido esquema argumentativo. Examina las diferentes líneas subvencionales para determinar que sólo una de ellas es encuadrable en el título competencial estatal “fomento y coordinación de la investigación científica y técnica” (art. 149.1.15), resultando las otras tres reconducibles a la materia, de compe-

tencia compartida, energía o régimen energético, siendo el resultado final similar a la del anterior grupo: las cuestiones estrictamente procedimentales son de competencia autonómica, siendo el resto de la regulación legítima por no exceder el ámbito reservado a las normas básicas.

El tercer bloque de ayudas afecta al programa de calidad y seguridad industrial que, a su vez, incluye cuatro grandes áreas. En este grupo, el TC entiende que concurre la competencia autonómica en materia de industria y las competencias estatales de ordenación general de la economía y en determinados preceptos la competencia en materia de “seguridad industrial” que constituiría una submateria de la industria. En el caso de la incardinación de la regulación en esta submateria, la competencia estatal se limitaría a la potestad normativa que, sin embargo, no excluiría que la Comunidad Autónoma regulase la cuestión de forma complementaria. Respecto a la alegación estatal de la necesidad de la intervención ejecutiva estatal por la presencia de límites generales a la actividad subvencional como consecuencia de las restricciones comunitarias a la cuantía máxima de ayudas a las empresas (las llamadas ayudas de Estado), por una vez, el TC defiende que en este punto concreto las CCAA se encuentran en mejor posición que los poderes centrales para dar un cabal cumplimiento de tales obligaciones en tanto que son ellas las que dispondrán de la mejor información al conocer de primera mano la cuantía de las subvenciones estatales y las autonómicas, pudiendo, así, aplicar los límites de forma automática. El resultado final de este complicado esquema competencial es parecido al de los otros dos grupos de ayudas. Se deja a la competencia autonómica la regulación de las normas de tramitación y la gestión de las ayudas.

La valoración de esta decisión no resulta sencilla. Es tal la profusión de datos normativos examinados y el carácter pormenorizado en exceso del estudio realizado por el Tribunal que no resulta fácil hacer un comentario ponderado. Sin embargo, parece que si seguimos la tradicional distinción del *common law* entre *dicta* (argumentación en sentido amplio) y *holding* (decisión), nos encontramos ante unos *dicta* muy oscuros que justifican un *holding* (que es lo verdaderamente relevante en una decisión judicial) particularmente restrictivo (aunque habitual en materia de subvenciones) de las competencias autonómicas, pues toda la actividad subvencional enjuiciada se ha reconducido, como mínimo, a una competencia compartida. Ello, dada la expansividad material del título competencial utilizado sobre la ordenación general de la economía (curiosamente no alegado expresamente por el Abogado del Estado tal y como reconoce el propio Tribunal) deja a los entes autonómicos competencias de mera gestión y tramitación de las subvenciones pese a contar con amplias competencias normativas en la materia. Es, pues, una decisión especialmente centralista.

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) Derecho a la vida y obligaciones positivas (art. 2): requisitos de una investigación oficial efectiva. C) Vida privada y familiar (art. 8). a) Prórroga de arrendamiento en pareja homosexual. b) Ruido ambiental y respeto de la vida privada: reenvío a un recurso efectivo. Revocación de doctrina. c) Derecho de visita de hijos extramatrimoniales. d) Expulsión de extranjeros de segunda generación. e) Divulgación de escuchas telefónicas y vida privada de un político. D) Prohibición de proselitismo religioso y libertad de expresión en sociedades sensibles (art. 10). **3. Jurisprudencia del**

Tribunal Constitucional. A) Tutela judicial efectiva (art. 24). a) Principio *pro actione*:

rigorismo desproporcionado en inadmisión. b) Irrazonabilidad de las sentencias.

c) Medios de prueba. d) Cómputo de plazos. e) Sentencia fundada en derecho: aplicación de norma derogada. f) Ejecución de sentencia: imposibilidad de calcular la indemnización.

B) Igualdad (art. 14) en pensión de viudedad. Voto de calidad del Presidente del TC.

C) Libertad personal (art. 17). Prórroga ilegítima de la prisión provisional. D) Libertad de expresión e información (art. 20). a) Crítica de resoluciones judiciales por un abogado [art. 20.1.a)]. b) Libertad de expresión de un sindicato [art. 20.1.a)]. c) Denuncias falsas de un trabajador [art. 20.1.d)]. d) Detalles irrelevantes sobre menor de edad víctima de agresión sexual [arts. 18.1 y 20.1.d)]. e) Veracidad de la información [art. 20.1.d)].

E) Acceso a cargos públicos. Recursos contencioso-electorales (art. 23.2). a) Nulidad de papeletas electorales. b) Coaliciones electorales. c) Verdad material y preclusividad en contencioso-electoral. F) Principio de legalidad (art. 25). a) Remisión a norma pre-constitucional. b) Interpretación de la legalidad sancionadora. c) Sanción sin previsión legal. G) Libertad sindical (art. 28): Destitución de puesto de libre designación.

4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. A) Libertad religiosa (art. 16) sanción a un

(*) La presente crónica ha sido realizada en el marco del Proyecto de Investigación (I+D). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Doctrina jurisprudencial y recepción de sus sentencias en el ordenamiento español). Referencia BJU2000-0987. Organismo Universidad de Valladolid. Investigador principal Javier GARCÍA ROCA. Modalidad P1. Duración 3 años. 2001/02

militar por negarse a participar en una procesión. B) Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (art. 18). a) Dignidad de Cataluña y manifestaciones del Presidente del Tribunal Constitucional. b) Honor y contienda política. c) Honor y contienda entre periodistas. d) Honor y reportaje neutral. e) Honor y veracidad. f) Fotografía en reportaje de ficción. C) Derecho de reunión y manifestación (art. 21). D) Extranjería (art. 13). a) Indemnización por denegación arbitraria de permiso de trabajo. b) Deber del empleador de dar publicidad a su oferta de trabajo para contrastar la existencia de trabajadores en paro.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En esta crónica se analiza la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada entre el 1 de julio y el 30 de septiembre de 2003, la del Tribunal Constitucional hecha pública en las mismas fechas (desde la STC 110/2003, de 5 de junio, hasta la STC 175/2003, de 30 de septiembre), y diversas Sentencias de las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo, dictadas entre abril y julio de 2003.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

Entre el 1 julio y el 30 de septiembre el TEDH ha dictado aproximadamente 125 sentencias, aunque en muchas de ellas se aplica algún tipo de excepción preliminar o corresponden a asuntos eliminados de la lista. Como es ya habitual, un importante número corresponden a condenas por dilaciones indebidas. De las restantes, conviene destacar las siguientes:

Finucane contra Reino Unido, de 1 de julio de 2003, en la que se analizan los requisitos de una investigación oficial efectiva a efectos de las obligaciones positivas del Estado con relación al derecho a la vida.

Karner contra Austria, de 24 de julio de 2003, un supuesto de negativa a la prórroga de un arrendamiento en una pareja homosexual declarado contrario al artículo 8.

Hatton y otros contra el Reino Unido, de 8 de julio de 2003. Ruido ambiental, y respeto de la vida privada (art. 8 CEDH): reenvío a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Revocación de doctrina.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Sahin contra Alemania, y Sommerfeld contra Alemania, de 8 de julio de 2003. Derecho de visita de hijos extramatrimoniales.

Benhebba contra Francia, de 10 de julio de 2003 y Mokrani contra Francia, de 17 de julio de 2003, dos supuestos de expulsión de extranjeros de segunda generación.

Bettino Craxi contra Italia, de 17 de julio de 2003. Divulgación de escuchas telefónicas y vida privada de un político.

Murphy contra Irlanda, de 10 de julio de 2003. Prohibición de proselitismo religioso y libertad de expresión en medios de radiodifusión en sociedades sensibles.

B) Derecho a la vida y obligaciones positivas (art. 2 CEDH): requisitos de una investigación oficial efectiva

Finucane contra Reino Unido, de 1 de julio de 2003, reitera un conocido pero importante estándar: la obligación de proteger el derecho a la vida impone la obligación de asegurar a toda persona este derecho dentro de la jurisdicción del Convenio, lo cual supone que debe haber una investigación oficial efectiva cuando un individuo ha sido asesinado. Se trata de asegurarse de que el Estado miembro investiga la responsabilidad de sus agentes y autoridades en el suceso por una autoridad independiente. Los hechos están relacionados con un ciudadano tiroteado por militares lealistas en 1989; obsérvese el inaceptable plazo de tiempo transcurrido.

C) Vida privada y familiar

a) Prórroga de arrendamiento en pareja homosexual

Karner contra Austria, de 24 de julio de 2003. Sin duda una de las decisiones más importantes del período, declara contraria al artículo 8 en relación con el 14 la interpretación realizada por el Tribunal Supremo austríaco que excluía de la prórroga de un arrendamiento a un homosexual tras la muerte de su pareja con la que convivía. Tiene la peculiaridad de que a lo largo del proceso el recurrente muere sin herederos por lo se pide el archivo del asunto, y el Tribunal dice que se trata de “una cuestión importante de interés general no sólo para Austria sino para los demás Estados miembros”, por lo que parece querer establecer doctrina general, y lo hace tras reconocer que la protección de la familia en sentido tradicional puede ser una poderosa razón que justifique un tratamiento diferente, pero que cuando se trata de una diferencia basada en el sexo o la actividad sexual el principio de proporcionalidad requiere no sólo que las medidas elegidas sean adecuadas para la finalidad que se pretende, sino que se debe mostrar que es necesario para lograrlo precisamente esa exclusión, lo que no sucede en el presente caso.

b) Ruido ambiental, y respeto de la vida privada (art. 8 CEDH): reenvío a un recurso efectivo. Revocación de doctrina

Hatton y otros contra el Reino Unido, de 8 de julio de 2003, representa la revocación formal por la Gran Sala, utilizando el mecanismo del artículo 43 del Convenio, de la doc-

trina sentada por la Sala del propio Tribunal en la Sentencia Hatton y otros contra el Reino Unido, de 2 de octubre de 2001, ya comentada en esta revista, en la que consideró que existía vulneración del artículo 8 del Convenio. Sin embargo, en esta ocasión recurre al margen de apreciación nacional y el rol subsidiario del Convenio respecto de la regulación apropiada de las industrias privadas, así como a ponderar la colisión entre el interés de la comunidad y el privado de los actores y concluye, por mayoría, que no ha habido violación del artículo 8, pero sí del 13 que proclama el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional.

c) Derecho de visita de hijos extramatrimoniales y vida familiar

Sahin contra Alemania, y **Sommerfeld contra Alemania**, de 8 de julio de 2003, reiteran la conocida doctrina surgida en **Elsoholz contra Alemania**, de 13 de julio de 2000, ya comentada en esta revista, a tenor de la cual el derecho de visita a los hijos nacidos fuera del matrimonio viene incluido en el derecho a la vida familiar, utilizando como parámetro el Convenio de Derechos del Niño de 1990, que obliga a tutelar con preferencia los intereses del menor, pero también garantiza el derecho del niño a mantener relaciones personales o contactos con ambos padres en casos de separaciones, excepto si fuera contrario a sus intereses, e insiste en que hacen falta poderosas razones para sentar una diferencia de trato fundada en el nacimiento fuera del matrimonio.

d) Expulsión de extranjeros de segunda generación

Benhebba contra Francia, de 10 de julio de 2003 y **Mokrani contra Francia**, de 17 de julio de 2003, reiteran la doctrina sentada en el caso **Boultif contra Suiza** de 2 de agosto de 2001 ya comentada en esta revista, sobre los elementos que deben ser valorados para hacer posible la expulsión de un extranjero con alto arraigo en un país firmante del Convenio.

e) Divulgación de escuchas telefónicas y vida privada de un político

Bettino Craxi contra Italia, de 17 de julio de 2003, es por la notoriedad del personaje, ex Primer Ministro Italiano, ya fallecido, otro de los casos más relevantes del trimestre. En el curso de un proceso sobre financiación ilegal de partidos que fue parte del conocido episodio de *mani pulite*, se dictaron autorizaciones de escuchas telefónicas del Sr. Craxi. Las conversaciones fueron grabadas por el Ministerio Público y utilizadas como pruebas en un proceso, sin embargo más tarde se publicaron por la prensa, rompiendo el control público de esta información, extremo que el recurrente considera que afecta, por sus contenidos, a su vida privada. La Corte reconoce que los personajes públicos gozan de esta garantía y que algunas de las conversaciones difundidas concernían a aspectos privados de poca o ninguna relación con las acusaciones penales y entiende violado el Convenio, concediendo una indemnización. No puede ocultarse que la publicación se hizo en 1995 y la reparación llega ocho años después y muerto el afectado.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

D) Prohibición de proselitismo religioso y libertad de expresión en sociedades sensibles (art. 10)

Murphy contra Irlanda, de 10 de julio de 2003, analiza la prohibición de un anuncio de una iglesia en un medio de radiodifusión a la luz de las libertades de expresión y religión. Se recuerda que este precepto protege el contenido de la información por cualquier soporte —aunque no lo diga expresamente como la Constitución Española— y sin más interferencias que las que necesarias en una sociedad democrática, aunque puedan ciertas expresiones resultar ofensivas, chocantes o molestar a las sensibilidades religiosas. Así como que existe un margen nacional de apreciación de la interferencia que debe ser revisado a la luz del principio de proporcionalidad. Aplicando estos principios, curiosamente, aprecia las razones del gobierno para sustentar la prohibición, relacionadas con la sensibilidad religiosa en Irlanda del Norte.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)

a) Principio *pro actione*: rigorismo desproporcionado en la inadmisión

STC 113/2003, de 16 de junio, Sala Segunda. El TSJ de Castilla y León rechaza pronunciarse sobre el fondo de un asunto al apreciar divergencia entre el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo y el suplico de la demanda. El TC considera que esa decisión incurre en excesivo rigorismo.

b) Irrazonabilidad de las sentencias

STC 122/2003, de 16 de junio, Sala Primera. El TSJ de Canarias inadmitió un recurso contencioso-administrativo razonando que, aunque la parte actora alegara la necesidad de una notificación individualizada por haberse producido alteraciones y modificaciones sustanciales en el tributo liquidado, esas alegaciones no fueron acompañadas de la prueba acreditativa. Este caso llega por segunda vez al TC (la primera fue la 96/1999, de 31 de mayo, que declaró incongruente por error la resolución judicial, la anuló y repuso las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictar Sentencia). El demandante alega que la sentencia fue dictada sin tener en cuenta lo que constaba probado en las actuaciones judiciales. El TC considera que ha vuelto a haber una inadmisión irrazonable del asunto y vuelve a otorgar el amparo.

c) Medios de prueba

STC 133/2003, de 30 de junio, Sala Segunda. El TC aprecia indefensión material constitucionalmente relevante porque la prueba propuesta y no practicada era decisiva y de haberse practicado la resolución final del proceso hubiera sido favorable para el demandante de amparo. El rechazo se ha producido además con frases estereotipadas no suficientes para motivar.

d) Cómputo de plazos

La STC 173/2003, de 29 septiembre, Sala Segunda. Se dirige contra una Sentencia que declaró extemporánea la demanda por haber transcurrido más de dos meses desde que se notificó la desestimación del recurso de alzada, al considerar que no podía aplicarse el plazo de 6 meses previstos para la impugnación de actos presuntos porque el recurso de reposición no era procedente. El TC aprecia en el cómputo de los plazos un error “patente, manifiesto, evidente o notorio, pues su existencia es inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales”. Sin embargo, parece que la Sentencia anulada fundaba su elección del plazo en una interpretación de la legislación ordinaria que no es rebatida por el TC, por lo que la decisión del Alto tribunal no deja de provocar algunas perplejidades.

e) Sentencia fundada en derecho: aplicación de una norma derogada

La STC 144/2003, de 14 julio, Sala Primera, anula una Sentencia que da la custodia de una menor a la madre aplicando el artículo 159 Código Civil en su redacción anterior a la Ley 11/1990, que otorgaba la guardia y custodia de los hijos menores de siete años a la madre, salvo que el juez apreciara motivos especiales. Considera que se ha vulnerado tanto el artículo 24 CE, porque aplicando una norma derogada se privó al recurrente de su derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, como el artículo 14 CE, al discriminar al padre por razón de sexo. Retrotrae las actuaciones para que la Audiencia resuelva ponderando las circunstancias concretas en beneficio de la menor.

f) Ejecución de sentencia: imposibilidad de calcular la indemnización

La STC 140/2003, de 14 julio, Sala Primera, pone fin (¿?) a un largo proceso que se inició en 1984. Durante casi 19 años, el recurrente— un paquistaní al que no se le renovó el permiso de trabajo— ha vagado por diversos órganos jurisdiccionales. En febrero de 1987, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Granada declaró el derecho del recurrente a la renovación del permiso laboral. Nueve años más tarde, en octubre de 1996, la Audiencia Nacional condenó a la Administración a indemnizar al recurrente por los daños sufridos como consecuencia de la pérdida de su puesto de trabajo. Esta última Sentencia fija las bases de la indemnización, estableciendo que se calcule “partiendo de los ingresos que el interesado hubiera obtenido en la empresa de la que fue despedido y los que haya podido obtener como trabajador autónomo o por otras causas, así como de la incidencia de la situación nacional de empleo, con el límite máximo en que cifra su pretensión”. El recurrente instó la ejecución de la Sentencia solicitando el pago de 6.738.037 pesetas. Por Auto de 19 de enero de 2000 la Sala acuerda declarar la imposibilidad material de esa ejecución, fijando la indemnización en 500.000 pesetas, conforme al artículo 105.2 de la LJCA.

El TC se plantea si puede tildarse de arbitraria o irrazonable esa decisión. La mayoría considera que se encuentra respaldada por la dificultad para acreditar documentalmente cuál

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

era el salario que cobraba porque ni el trabajador ni la empresa pública conservan la documentación relativa a la relación laboral. Por el contrario, el Voto particular suscrito por dos Magistrados lo considera infundado porque constan datos objetivos y no cuestionados que permiten acreditar el salario del trabajador y su antigüedad en la empresa.

B) Igualdad (art. 14 CE) en pensión de viudedad. Voto de calidad del Presidente del TC

STC 125/2003, de 19 de junio, Pleno. En esta Sentencia, decidida por el voto de calidad del Presidente, se declara la nulidad de la ya derogada Disposición Adicional Décima, regla 5 de la Ley 30/1981, reguladora de las formas de matrimonio y del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación o divorcio. El proceso se inicia por una cuestión de inconstitucionalidad que entendía contrario al principio de igualdad el que tal norma contemplara la extinción de la pensión de viudedad del cónyuge divorciado por causa de convivencia *more uxorio*, mientras que la que regulaba la pensión de viudedad para el cónyuge viudo no recogía tal causa de extinción. El TC valora la razonabilidad de la divergencia de trato apreciando que no obedece a razón relacionada con la esencia de la pensión, sino a causa ajena: el estado civil derivado de la relación que mantenía con el causante, lo que considera no razonable y discriminatorio.

La Sentencia cuenta con dos votos particulares. El primero suscrito por tres magistrados defiende que la desigualdad no estaba en la Ley, sino en la interpretación judicial que considera que la Disposición Adicional se aplicaba solamente a los cónyuges supervivientes del causante que se encuentren en los casos de nulidad, separación o divorcio y no a todos los perceptores de una pensión de viudedad. El segundo, suscrito por otros tres magistrados no considera que sea la misma situación la del cónyuge superviviente conviviente con el causante de la pensión en el momento de su fallecimiento que la del que no convivía con él o que ni siquiera era cónyuge, y que al no existir un homogéneo término de comparación, no existe posibilidad de trato desigual.

C) Libertad personal (art. 17). Prórroga ilegítima de la prisión provisional

STC 121/2003, de 16 de junio, Sala Segunda. Caso claro de lesión de la libertad personal cometida por el intempestivo acuerdo de prórroga de la prisión provisional, una vez expirado el plazo, sin que, por otra parte, la prolongación de la situación pueda achacarse a la actitud obstruccionista del recurrente que no hizo otra cosa que ejercer su derecho a los recursos.

D) Libertad de expresión e información (art. 20)

a) Crítica de resoluciones judiciales por un abogado [art. 20.1.a)]

STC 117/2003, 16 de junio, Sala Segunda. Aplicando su consolidada doctrina, el TC ampara un abogado que, en un escrito de recusación, critica las resoluciones de los magistrados recusados pero sin emplear expresiones vejatorias o insultantes que desborden la libertad de expresión.

b) Libertad de expresión de un sindicato [art. 20.1.a)]

STC 160/2003, 15 de septiembre, Sala Segunda. Se otorga el amparo por vulneración de la libertad de expresión de la Unión de Campesinos Zamoranos que en rueda de prensa, de la que se hicieron eco varios medios de comunicación, denunció el trato de favor con el que la Diputación distinguió a una empresa en una adjudicación. El Tribunal Supremo había estimado violación del derecho al honor de la empresa supuestamente beneficiada.

c) Denuncias falsas de un trabajador [art. 20.1.d)]

STC 126/2003, de 30 de junio, Sala Primera. Caso de despido de un trabajador por las denuncias falsas y reiteradas hechas a varios medios de comunicación acerca de las malas condiciones de seguridad de la empresa, no cubiertas por la libertad de información.

d) Detalles irrelevantes sobre menor de edad víctima de agresión sexual [arts. 18.1 y 20.1.d)]

STC 127/2003, 30 de junio, Sala Segunda. El TC estima el amparo interpuesto por una mujer de la que había dado noticias dos artículos periodísticos, como víctima de las reiteradas violaciones de su padre, al considerar que el supuesto interés general de la noticia no justifica la publicación tal y como se ofreció, desvelándose de forma innecesaria aspectos relevantes de la vida personal y privada de la joven agredida sexualmente. Se reitera la doctrina sentada en la STC 185/2002, ya que, como en aquel caso, los detalles ofrecidos permitían a los vecinos identificar perfectamente a la víctima, entre otras cosas porque se publicaba una foto del agresor, su padre.

e) Veracidad de la información [art. 20.1.d)]

STC 158/2003, de 15 de septiembre, Sala Primera. Se otorga el amparo a un diario condenado por el Tribunal Supremo por intromisión ilegítima en el honor de un abogado cuyo despacho era relacionado con las tramas de blanqueo de dinero. Se afirmaba, sin citar fuentes, que el despacho sería investigado en el sumario del caso sin incluir ningún juicio de valor. Opina el TC que se cumplió con el requisito de veracidad ya que en el sumario del asunto (caso Nécora) se cita al mencionado despacho, por lo que hubo diligencia en la constatación de la fuente de información.

E) Acceso a cargos públicos. Recursos contencioso-electorales (art. 23.2)**a) Nulidad de papeletas electorales**

STC 153/2003, de 17 de julio, Sala Segunda. El TC aplica con rigor la normativa electoral que considera nulas las papeletas en las que se haya realizado cualquier modificación.

b) Coaliciones electorales

STC 154/2003, de 17 de julio, Sala Segunda. Establece la posibilidad de agregar los votos de una coalición a los de los partidos coaligados, a efectos de la elección de la Diputación provincial, sobre la base de que la legislación electoral no exige que todos los miembros de la coalición se presenten en todos los lugares disputados.

c) Verdad material y preclusividad en contencioso-electoral

STC 155/2003, de 21 de julio, Sala Segunda, en la que se establece que la preservación del valor de la primacía de la verdad material obliga a rechazar una interpretación tan férreamente formalista del contencioso-electoral que impida a los órganos jurisdiccionales competentes entrar a conocer de la validez o no de un voto, aquí determinante de la atribución de dicha concejía, y que ha sido objeto de discusión ante los órganos de la Administración electoral.

F) Principio de legalidad (art. 25)

a) Remisión a norma preconstitucional

STC 150/2003, de 15 de julio, Pleno. El TC recuerda su doctrina de que la remisión a una norma infralegal preconstitucional no quebranta el principio de legalidad tributaria.

b) Interpretación de la legalidad sancionadora

STC 131/2003, 30 de junio, Sala Segunda. El control del TC sólo tendrá lugar en caso de interpretaciones sorpresivas que excedan del tenor literal posible del precepto o se aleje de las pautas axiológicas que informan el texto constitucional o de los modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica.

c) Sanción sin previsión legal

STC 130/2003, de 30 de junio, Sala Primera. Clara vulneración del principio de legalidad sancionadora al haberse impuesto una sanción prevista sólo reglamentariamente (Reglamento de denominación de origen calificada Rioja) sin que normas preconstitucionales o posconstitucionales le den cobertura legal suficiente. No hay una previa descripción normativa de las conductas a sancionar.

G) Libertad sindical (art. 28): Destitución de puesto de libre designación

STC 171/2003, 29 de septiembre, Sala Segunda. Un trabajador es destituido de un puesto de libre designación tras ser elegido Presidente del órgano unitario de representación. El TC considera que hay indicios de comportamiento antisindical en la empresa, sin que el tratarse de un puesto de libre designación exima a la empresa de probar que la destitución no responde a un móvil antisindical.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Libertad religiosa (art. 16) sanción a un militar por negarse a participar en una procesión

Sentencia de 2 de junio de 2003, Sala de lo Militar, Ponente Sr. Curreas Eliazondo. Impugnación de una sanción de dos días de arresto domiciliario impuesta al demandante como autor de una falta leve por negarse a participar en una procesión portando el guión del regimiento. El Tribunal de instancia anula la sanción pero deniega la indemnización solicitada por considerar que no se había acreditado “la realidad del daño o perjuicio”. El TS estima el recurso razonando que la sanción de arresto domiciliario supone una limitación de libertad temporal que incide en la vida y en las costumbres habituales, ocasionando siempre daños y perjuicios efectivos.

B) Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (art. 18)

a) Dignidad de Cataluña y manifestaciones del Presidente del Tribunal Constitucional

Sentencia de 5 de junio de 2003, Sala Primera, Ponente Sr. Sierra Gil de la Cuesta. Sin duda una de las sentencias más curiosas del período es la que resuelve la demanda de responsabilidad civil promovida por el Presidente de la Generalidad de Cataluña contra el Presidente del Tribunal Constitucional por sus declaraciones en un acto público en relación a los conceptos de nacionalidades o comunidades históricas de la CE. En primer lugar, el TS analiza la legitimación del demandante y concluye que el Presidente de la Generalidad ostenta plena representación y legitimación para obtener la tutela del bien jurídico constituido por la dignidad del pueblo de Cataluña. En lo que se refiere al fondo del asunto se argumenta que aunque las críticas que realizó el demandado en el foro público sobre las nacionalidades pueda calificarse de error o falacia, una opinión más o menos fundada desde un punto de vista particular y que, desde luego, puede ser rebatida desde la discusión científica y doctrinal pero no puede ser estimada como una ofensa para nadie.

b) Honor y contienda política

Sentencia de 6 de junio de 2003, Sala Primera, Ponente Sr. Gullón Rodríguez. Demanda de protección del derecho al honor fundada en que las expresiones vertidas en un artículo titulado “Frustraciones de un divo petulante y narcisista” eran insultantes y difamatorias. El TS resalta el contexto de contienda política en el que tuvieron lugar las expresiones, y que aunque denotan un indudable mal gusto, no llegan a la categoría de atentado al derecho fundamental.

c) Honor y contienda entre periodistas

Sentencia de 13 de junio de 2003, Sala Primera, Ponente Sr. De Asís Garrote. Es una curiosa variante de la anterior, en cuanto que las expresiones “las insidias de un periodista-comisionista millonario”, “sectario, servil y perito en traiciones” “de fortuna personal poco frecuente entre periodistas que se conducen honradamente” se utilizan en una publicación periódica frente a otro periodista, dato al parecer esencial para el TS que afirma que no merecen el calificativo de injuriosas ni rebasan los límites propios de confrontación que genera “esta especie de contienda entre los periodistas que escriben en distintos medios y que mantienen líneas ideológicas diferentes” (sic).

d) Honor y reportaje neutral

Sentencia de 6 de junio de 2003, Sala Primera, Ponente Sr. Ortega Torres. Demanda de protección del derecho al honor que trae su causa en la emisión de un programa televisivo con relación al asesinato de dos personas en el que un policía es identificado con imágenes y nombre en la pantalla ilustrando las declaraciones de una tercera persona. El TS acude a su doctrina del reportaje neutral, y considera que aunque lo declarado fuera inveraz no se aprecia intervención del presentador del programa ni de la entidad televisiva aprobatoria de lo expuesto por aquél, ni comentarios adicionales, ni asumen las graves imputaciones en relación con la actuación profesional del demandante.

e) Honor y veracidad

Sentencia de 17 de julio de 2003, Sala Primera, Ponente Sr. Marín Castán. Demanda de protección civil del derecho al honor fundada en una serie de artículos periodísticos en los que se informaba sobre el irregular enriquecimiento del demandante, ex alto cargo del Ministerio del Interior. El TS entiende que se ha probado el incremento patrimonial injustificado, y que acreditada la legitimidad de la información sobre persona de relevancia pública y siendo veraz no existe intromisión en el derecho al honor.

f) Fotografía en reportaje de ficción

Sentencia de 9 de mayo de 2003, Sala Primera, Ponente Sr. Villagómez Rodil. Violación del derecho al honor y la propia imagen en la publicación incontestada de una fotografía de una pareja cruzando de la mano una calle para ilustrar un reportaje sobre la ruptura matrimonial.

C) Derecho de reunión y manifestación (art. 21)

Sentencia de 26 de mayo de 2003, Sala Tercera, Ponente Sr. González Rivas. Demanda promovida por la Universidad de Barcelona como consecuencia de los incidentes policiales durante la visita del Presidente del Gobierno. El TS afirma que no hay duda de que parte de los congregados cometieron actos violentos que exigieron la intervención policial sin que se justifique la desproporción de la actuación policial. Tampoco se lesiona la

autonomía universitaria, la intimidad o la inviolabilidad del domicilio porque la intervención se produjo fuera de las dependencias universitarias.

D) Extranjería (art. 13)

a) Indemnización por denegación arbitraria de permiso de trabajo a un no comunitario

Sentencia de 7 de julio de 2003, Sala Tercera, Ponente Sr. Fernández Montalvo. El TS señala que aunque haya que admitir cierto margen de discrecionalidad en la denegación de los permisos de trabajo, sin embargo la Administración no puede actuar de modo arbitrario y ha de exponer los motivos que conducen a la denegación del permiso de trabajo. La Administración no goza de una potestad absoluta y total, sino que ha de ponderar los intereses en juego en cada caso, motivando las razones de su decisión, sobre todo en casos de denegación. En este caso la Administración deniega el permiso para realizar tareas agrícolas alegando que había finalizado la campaña, cuando en realidad, faltaban más de 5 meses para su fin, y por ello se le condena a la indemnización del daño efectivo derivado de la imposibilidad de trabajar como consecuencia de la improcedente denegación del permiso de trabajo.

b) Deber del empleador de dar publicidad a su oferta de trabajo para contrastar la existencia de trabajadores en paro

Sentencia de 1 de abril de 2003, Sala Tercera, Ponente. Sr. Xiol Ríos. El TS afirma que, salvo que concurran razones especiales, dignas de tener en cuenta —la especialización en el trabajo, el arraigo del trabajador— la existencia de trabajadores en paro inscritos en el sector de la actividad para la que se solicita el permiso en la zona geográfica, dispuestos a aceptar la ocupación ofrecida faculta a la Administración para denegar el permiso, y la Administración tiene la facultad de exigir al empleador que justifique que acudió a los servicios de empleo o que realizó su oferta de trabajo con publicidad.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

ISABEL PERELLÓ

RAÚL CANOSA

ALFREDO ALLÚE

RAFAEL BUSTOS

IGNACIO GARCÍA VITORIA

MIGUEL PÉREZ MONEO

MARÍA DÍAZ CREGO

IV. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Derecho comunitario. A) Transposición de Directivas comunitarias: inexistencia de vulneración del principio de primacía del Derecho comunitario fundada en un cambio de la denominación literal asumida por la norma comunitaria. B) Declaración de nulidad de una norma interna por vulneración de un Reglamento comunitario. C) Planteamiento de ilegalidad de un Reglamento comunitario por presunta vulneración del principio de proporcionalidad. **3. Ley Orgánica: debe definir y justificar el carácter orgánico de los preceptos que la integran; sólo cabe otorgar esta calificación a aquellas leyes cuyo núcleo afecte a materias reservadas a Ley Orgánica, no siendo suficiente la existencia de algún precepto orgánico para atribuir a toda la Ley dicho carácter. 4. Ley ordinaria.** A) Reserva de Ley en materia sancionadora. a) El art. 25.1 CE prohíbe la imposición de dos sanciones por los mismos hechos (principio *non bis in idem*). b) El art. 25.1CE exige a la Administración cuando ejerce la potestad sancionadora identificar de forma expresa o implícita el fundamento legal de la sanción que se impone. c) No infringe el principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE) la imposición de una sanción en virtud de un plan forestal que no ha sido oficialmente publicado, dado que el tipo de infracción estaba descrito en la Ley Forestal de Cataluña. d) Con posterioridad a la Constitución no cabe regular infracciones y sanciones mediante normas reglamentarias. e) La garantía del art. 25.1 CE abarca la obligación de interpretar el carácter previsible de infracciones y sanciones en las normas sancionadoras conforme a las pautas axiológicas que el Texto Constitucional establece y conforme a modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica. B) Reserva de Ley en materia tributaria y en materia de prestaciones patrimoniales de carácter público: no todos los elementos que definen el tributo o la prestación patrimonial están sometidos con la misma intensidad a la reserva. C) Procedimiento legislativo: la Disposición Adicional Tercera de la Constitución y el art. 46 del Estatuto de Autonomía de Canarias exigen un informe o audiencia a la Comunidad Autónoma Canaria en la tramitación de Leyes que modifiquen o afecten al régimen fiscal canario,

cuya omisión determina su inconstitucionalidad. D) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley: el Tribunal Constitucional puede modular dichos efectos en atención a situaciones determinadas. **5. Bases. La transmisibilidad de las oficinas de farmacia constituye un criterio normativo común al amparo del art. 149.1.16 CE. 6. Decreto-Ley.** A) Presupuesto de hecho habilitante: exige la existencia de una conexión entre la situación de urgencia definida y la concreta medida adoptada. B) La modificación del tipo de gravamen de un impuesto indirecto no “afecta” en el sentido del art. 86.1 CE al derecho regulado en el art. 31 CE. **7. Reglamento.** A) Distinción entre acto y norma. a) Las relaciones de puestos de trabajo gozan de naturaleza normativa. b) No tiene naturaleza normativa un Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos por el que se establece el nuevo marco regulador de los precios para los servicios prestados por Telefónica. c) Una Orden que establece “normas” sobre la modificación de los conciertos educativos para el curso académico 2000-2001 en la Comunidad Autónoma de La Rioja no tiene naturaleza normativa. d) Disposiciones administrativas: tienen naturaleza normativa. B) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. a) Ausencia de participación en el trámite de audiencia de asociación voluntaria: inexistencia de nulidad. b) Eficacia de las alegaciones vertidas en el trámite de audiencia: discrecionalidad administrativa para acoger o no las observaciones formuladas. c) Ausencia del Dictamen del Consejo de Estado: sólo es exigible en la elaboración de reglamentos dictados en ejecución de la Ley. d) No es necesario reiterar el Dictamen del Consejo de Estado debido a la incorporación de modificaciones no sustanciales. e) Procedimiento de elaboración del Estatuto General de la Abogacía Española. f) La falta de publicación de una Ordenanza no origina su invalidez, sino su ineficacia. C) Impugnación de disposiciones de carácter general. a) Cuestión de ilegalidad: fin y eficacia. b) Impugnación indirecta de planes urbanísticos: requisitos. c) Impugnación indirecta de disposiciones generales: no cabe alegar vicios formales. d) Impugnación de disposiciones generales: tiene como objeto el control de legalidad de la disposición impugnada. e) Efectos de la impugnación directa de disposiciones de carácter general. D) Derogación de normas reglamentarias. a) Eficacia de la norma derogada y reviviscencia plena en caso de nulidad de la norma posterior que la deroga. b) Pérdida sobrevinida de vigencia de los preceptos reglamentarios. **8. Principios gene-**

IV. Fuentes del Derecho

rales. A) Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. a) Inexistencia de aplicación retroactiva de una Ordenanza municipal por motivos puramente cronológicos. b) No vulnera este principio la aplicación de las disposiciones transitorias establecidas en la LJCA de 1998 en lo atinente al régimen de recursos. c) Vulneración del art. 9.3 CE derivada de la aplicación retroactiva de una Ley autonómica que impone deberes de cesión con efectos retroactivos.

B) Principio de igualdad. a) La garantía de este principio exige que las consecuencias jurídicas que deriven de la diferencia de trato sean proporcionadas a la finalidad perseguida. b) Este principio no puede ser entendido como una regla que no admite excepciones frente a la igualdad absoluta.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, por lo que se refiere a la jurisprudencia constitucional, hasta la STC 184/2003, de 23 de octubre; respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, hasta la referencia Ar. 4717, y por lo que concierne a la de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia Ar. 496.

Tiene interés destacar en esta entrega la distinta perspectiva que adopta el Tribunal Constitucional en relación con la modificación posterior a la Constitución de materias que el texto constitucional somete a reserva de Ley y que hasta ese momento estaban reguladas por normas reglamentarias preconstitucionales. En la STC 132/2003, de 30 de junio, continúa el Tribunal enjuiciando la regulación de la potestad sancionadora en relación con los Reglamentos en materia de denominación de origen de los distintos vinos, —en este caso de La Rioja—, con ocasión de la imposición de sanciones en aplicación de reglamentos posteriores a la Constitución que pretenden integrar su regulación con normativa reglamentaria preconstitucional. El principio de legalidad en materia sancionadora exige que las reformas posteriores a la Constitución se realicen mediante normas con rango de Ley que deben sustituir la regulación anterior.

Frente a este planteamiento, en la STC 150/2003, de 15 de julio, se interpreta que la modificación por Ley del hecho imponible de una tasa, sin alterar formalmente el resto de los elementos que la componen —que están regulados en normas reglamentarias preconstitucionales—, supone implícitamente que dicha Ley los asume y les confiere rango legal, como la evolución legislativa posterior en este ámbito confirma.

Resulta sorprendente esta interpretación de la aplicación de la reserva de Ley del art. 31.3 CE por el Tribunal Constitucional, y, en todo caso, discordante con los planteamientos que de forma reiterada formula en relación con el art. 25.1 CE.

2. DERECHO COMUNITARIO

A) Transposición de Directivas comunitarias: inexistencia de vulneración del principio de primacía del Derecho comunitario fundada en un cambio de la denominación literal asumida por la norma comunitaria

La STS de 24 de marzo de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 2876, resuelve la impugnación del Real Decreto 326/2000, de 3 de marzo, sobre incorporación a nuestro ordenamiento de las Directivas 98/21, 98/63 y 99/45, sobre libre circulación de médicos y reconocimiento de diplomas. La Sociedad Española de Cirugía Oral y Maxilofacial impugna la denominación asumida por el reglamento de la especialidad de “cirugía maxilofacial”, cuando el proyecto de reglamento sometido al trámite de audiencia mantenía la denominación de “cirugía oral y maxilofacial”, en coherencia con los términos de la Directiva 93/16, que reconoce expresamente, para el caso concreto de España, esta especialidad.

Para el Tribunal Supremo, en cambio, la alteración de la denominación no supone una infracción del Derecho comunitario, pues la propia naturaleza de las Directivas exige la consecución de los fines establecidos en la norma comunitaria, dejando a las autoridades nacionales la elección de los medios y formas para lograr tales objetivos. Con base en este razonamiento, afirma el Tribunal que la transposición de Directivas no exige “una absoluta literalidad de la transposición”, máxime cuando ya el ordenamiento vigente en España venía reconociendo la denominación de la especialidad en los términos aprobados, y tal cambio no supone una vulneración del principio de primacía del Derecho comunitario, pues el extremo impugnado no altera la eficacia y rigor de la aplicación de la Directiva en España.

B) Declaración de nulidad de una norma interna por vulneración de un Reglamento comunitario

La STS de 16 de octubre de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 2317 de 2003, resuelve la impugnación interpuesta contra el Real Decreto 1466/1997, de 19 de septiembre, sobre régimen jurídico de las líneas regulares de cabotaje marítimo y de las navegaciones de interés público. Las dudas de validez del reglamento interno son resueltas por el Tribunal con base en el resultado de la cuestión prejudicial de interpretación planteada al TJCE sobre la compatibilidad de la normativa española y el Reglamento comunitario 3577/1992. Como resultado de la mencionada consulta, el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que el Real Decreto no se atiene en varios aspectos al Derecho comunitario, lo que supone la declaración de nulidad parcial del reglamento interno.

C) Planteamiento de ilegalidad de un Reglamento comunitario por presunta vulneración del principio de proporcionalidad

El hecho de que un Reglamento comunitario (2677/1985, de 24 de septiembre, por el que se establecen las modalidades de aplicación del régimen de ayuda al consumo de acei-

IV. Fuentes del Derecho

te de oliva) establezca una sanción única no vulnera el principio de proporcionalidad ni, por tanto, principios constitucionales que obliguen, en virtud del art. 6 LOPJ, a inaplicar la citada norma comunitaria (STS de 18 de marzo de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 3329). Las razones para llegar a esta conclusión se fundan en que el citado Reglamento establece una sanción en relación con el importe de la ayuda solicitada, el cual es representativo de la importancia de la infracción cometida, de lo que no puede deducirse la existencia de vulneración del principio de proporcionalidad. En este orden de cosas, el Tribunal añade que es indiferente que la sanción no se adecue al criterio de división entre infracciones graves, menos graves y leves propia del Derecho interno. Finalmente, la sentencia concluye afirmando que el art. 6 LOPJ otorga a los Tribunales nacionales la facultad de inaplicar reglamentos ilegales de orden interno, pero no de Reglamentos comunitarios que, en todo caso, prevalecen sobre el Derecho interno.

3. LEY ORGÁNICA: DEBE DEFINIR Y JUSTIFICAR EL CARÁCTER ORGÁNICO DE LOS PRECEPTOS QUE LA INTEGRAN; SÓLO CABE OTORGAR ESTA CALIFICACIÓN A AQUELLAS LEYES CUYO NÚCLEO AFECTE A MATERIAS RESERVADAS A LEY ORGÁNICA, NO SIENDO SUFICIENTE LA EXISTENCIA DE ALGÚN PRECEPTO ORGÁNICO PARA ATRIBUIR A TODA LA LEY DICHO CARÁCTER

La Comunidad Foral de Navarra impugna determinados preceptos de la Ley Orgánica 2/1996, de 17 de enero, complementaria de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista alegando que la regulación sustantiva de los horarios comerciales contenida en los arts. 2 y 3 de la Ley Orgánica impugnada no es una materia reservada a dicho tipo de Ley sino propia de Ley ordinaria. La representación del Estado defiende que los citados preceptos tienen carácter orgánico con arreglo a lo dispuesto en el art. 150.2 CE ya que suponen la transferencia de facultades de desarrollo legislativo en materia de comercio interior a Comunidades Autónomas que sólo disponían de competencias ejecutivas en la materia.

El Tribunal Constitucional en su STC 124/2003, de 19 de junio, declara la inconstitucionalidad de los citados preceptos al no regular una materia reservada a dicho tipo de Ley. La Ley Orgánica 2/1996, objeto del recurso, según reza su título fue aprobada “de acuerdo con lo dispuesto en el art. 81 CE en relación con el art. 150.2 CE”. Sin embargo, en tanto que el art. 1 de la Ley invoca explícitamente el art. 150.2 CE para amparar la transferencia a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de la competencia de ejecución en la materia, ninguna invocación similar se contiene en los preceptos cuyo carácter orgánico se cuestiona. Esta falta de previsión específica impide conocer cuáles serían en su caso las concretas facultades transferidas así como si la hipotética transferencia se limitaría a la ejecución o abarcaría potestades normativas, ni qué incidencia tendría la norma, dictada con carácter general, en el régimen de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de comercio interior.

Tampoco cabe alegar para justificar el carácter orgánico de los preceptos enjuiciados su conexión temática (materias conexas) con el art. 1 que es el único que tiene inequívoca

naturaleza orgánica. Al no haber excluido el legislador el carácter orgánico de dichos preceptos corresponde al Tribunal Constitucional declarar el carácter no orgánico de los arts. 2 y 3 de la Ley Orgánica 2/1996.

4. LEY ORDINARIA

A) Reserva de Ley en materia sancionadora

a) El artículo 25.1 CE prohíbe la imposición de dos sanciones por los mismos hechos (principio *non bis in idem*)

El Tribunal Constitucional en su **STC 159/2003, de 15 de septiembre**, considera que tiene relevancia constitucional desde la perspectiva del derecho a no ser sancionado dos veces por los mismos hechos, la cuestión del efectivo padecimiento por parte del recurrente de dos sanciones —arresto y separación del servicio— por los hechos sucedidos el 14 de julio de 1996. Sin embargo, al no haber sido invocada esta cuestión en el recurso contencioso disciplinario militar previo no puede ser enjuiciada por el Tribunal Constitucional en este supuesto.

b) El artículo 25.1 CE exige a la Administración al ejercer la potestad sancionadora identificar de forma expresa o implícita el fundamento legal de la sanción que se impone

En la **STC 161/2003, de 15 de septiembre**, se resuelve un recurso de amparo interpuesto contra el Decreto del Primer Teniente de Alcalde responsable de la rama de policía municipal, tráfico e infraestructuras del Ayuntamiento de Madrid de 24 de febrero de 1999 por el que se impuso sanción de suspensión de licencia de auto-taxi, así como contra la Sentencia judicial que posteriormente la confirmó. La resolución administrativa sancionadora sólo fundamentó la sanción que imponía en los preceptos de la Ordenanza municipal de 1980 que regulan la infracción constatada y la sanción a ella vinculada, sin que, de forma implícita, fuera posible identificar con la mínima seguridad razonable qué preceptos legales proporcionaban cobertura a los de rango reglamentario aplicados. Ni siquiera a lo largo del proceso contencioso-administrativo que siguió a la sanción fue invocada por la Administración norma legal alguna que otorgara cobertura a la Ordenanza aplicada, sino que fueron los órganos judiciales los que por primera vez llevaron a cabo el proceso de subsunción de la conducta declarada probada en el procedimiento administrativo bajo los preceptos legales de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987. Sobre esta cuestión, vid. JA, núm. 13, IV.2.A).

Para el Tribunal Constitucional el derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), en relación con el principio de seguridad jurídica también garantizado constitucionalmente (art. 9.3 CE), exige que cuando la Administración ejerce la potestad sancionadora sea la propia resolución administrativa que pone fin al procedimien-

to la que, como parte de su motivación –que imponen los arts. 54.1.a) y 138.1 LRJ-PAC–, identifique expresamente o, al menos, de forma implícita el fundamento legal de la sanción. Sólo así puede conocer el ciudadano en virtud de qué concretas normas con rango legal se le sanciona, si bien se admite que una norma de rango reglamentario desarrolle o concrete el precepto o los preceptos legales a cuya identificación, directa o razonablemente sencilla, el sancionado tiene un derecho que se deriva del art. 25 CE.

El órgano judicial puede controlar la corrección del proceso de subsunción y aplicación realizado por la Administración pero no puede llevar a cabo por sí mismo este proceso de subsunción bajo preceptos legales encontrados por él, y que la Administración no había identificado expresa o tácitamente, con el objeto de mantener la sanción impuesta tras su declaración de conformidad a Derecho; de esta forma, el juez no revisaría la legalidad del ejercicio de la potestad sancionadora, sino que, más bien, lo completaría, lo que no forma parte de su competencia según ésta es definida por la Constitución.

c) No infringe el principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE) la imposición de una sanción en virtud de un plan forestal que no ha sido oficialmente publicado, dado que el tipo de la infracción estaba descrito en la Ley Forestal de Cataluña

En la STC 131/2003, de 30 de junio, el recurrente alega que se ha vulnerado la seguridad jurídica a través de la imposición de una sanción por pastorear en la reserva nacional de caza de Boumort sin contar con la preceptiva autorización administrativa. El fundamento de dicha vulneración es, a juicio del recurrente, que dicha sanción se impone en virtud de planes de aprovechamiento forestal que carecen de rango de ley y no habrían sido publicados ni notificados.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional opone que el recurrente fue sancionado en virtud de la prohibición de pastorear en zonas vedadas contenida en el art. 74.2.f) de la Ley de Cataluña 6/1988, de 30 de marzo, forestal, precepto que ostenta el rango requerido por la Constitución. Los planes de aprovechamiento forestal sólo regulan los términos en los que puede llevarse a cabo el pastoreo, prohibido en principio en una reserva nacional de caza. En consecuencia, la vulneración de la seguridad jurídica que el recurrente vincula a la falta de publicación y notificación de dichos planes, no puede estimarse desde la perspectiva constitucional, dado que conociendo la existencia de una prohibición inicial era al recurrente al que correspondía cerciorarse de los términos en que la conducta que llevaba a cabo podía estar autorizada.

En conclusión, el desconocimiento de las autorizaciones específicas contenidas en los planes de aprovechamiento forestal no puede aducirse como falta de previsibilidad de la sanción como si se tratase del desconocimiento de la prohibición. Sobre esta misma cuestión vid. también STC 147/2003, de 14 de julio.

d) Con posterioridad a la Constitución no cabe regular infracciones y sanciones mediante normas reglamentarias

La STC 132/2003, de 30 de junio, de nuevo estima un recurso de amparo interpuesto contra la confirmación judicial de una sanción impuesta por Acuerdo del Consejo de Ministros en materia de denominaciones de origen por vulneración del art. 25.1 CE, como consecuencia de la aplicación de un tipo infractor regulado en una norma de rango reglamentario posterior a la Constitución que carece del necesario respaldo legal. El Tribunal reitera la doctrina expuesta en la STC 52/2003 que mantuvo la inconstitucionalidad del art. 51.1.7 del Reglamento del Rioja, posterior a la Constitución, precepto que pretende hacer perdurar un sistema de producción de normas sancionadoras anterior a la Constitución que resulta contrario al art. 25.1 CE. La pervivencia de la regulación preconstitucional de los reglamentos sancionadores anteriores a la Constitución se justificaba en necesidades de continuidad del ordenamiento apoyadas en el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE); sin embargo, toda reforma posterior a la Constitución exige rango de Ley en virtud de lo dispuesto en el art. 25.1 CE. [Vid. JA, núm. 20, IV.4.d) y JA, núm. 21, VII.2.A)]

e) La garantía del artículo 25.1 CE abarca la obligación de interpretar el carácter previsible de infracciones y sanciones en las normas sancionadoras conforme a las pautas axiológicas que el Texto Constitucional establece y conforme a modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica

El Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de que se produzca una vulneración del art. 25.1 CE como consecuencia de las pautas interpretativas empleadas para la subsunción de la conducta en el tipo de la infracción (STC 196/2002, de 28 de octubre). El Tribunal vincula este planteamiento a la garantía material que deriva del principio de legalidad en materia sancionadora en el ámbito jurídico-administrativo que exige predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes: “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”.

En virtud de esta doctrina jurisprudencial, en la STC 129/2003, de 30 de junio, se establece que la interpretación del art. 24.3 del vigente Reglamento general técnico de control y certificación de semillas y plantas de vivero en relación con los arts. 20.4.a) de la Ley 11/1971 y del Decreto 3767/1972 no puede considerarse contraria a los principios de legalidad y seguridad jurídica puesto que, lejos de apartarse de los modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica, dicha interpretación resulta acorde con la doctrina jurisprudencial fijada por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1991, dictada con ocasión de un recurso de revisión.

En la STC 131/2003, de 30 de junio, frente a la alegación del recurrente de que se vulnera el principio de legalidad sancionadora por la indebida aplicación del art. 74.2.f) de

la Ley forestal de Cataluña, el Tribunal opone que son ajenos al contenido de su jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y el control de la corrección del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados. El control constitucional sobre las decisiones judiciales que aplican tipos sancionadores sólo puede penetrar allí donde tal aplicación tenga lugar en virtud de interpretaciones sorprendentes, que excedan del tenor literal posible del precepto o que se aparten de las pautas axiológicas que informan el texto constitucional o de los modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica. Dado que en el caso que resuelve la sentencia no concurren estas circunstancias el Tribunal desestima el recurso interpuesto.

Sobre esta cuestión, *vid.* JA, núm. 21, VII.2.D).

B) Reserva de Ley en materia tributaria y en materia de prestaciones patrimoniales de carácter público: no todos los elementos que definen el tributo o la prestación patrimonial están sometidos con la misma intensidad a la reserva

La STC 150/2003, de 15 de julio, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 11 de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo por posible vulneración del principio de reserva de ley consagrado por los arts. 31.3 y 133.1 CE en materia de prestaciones patrimoniales de carácter público y de tributos, respectivamente. El citado art. 11 de la Ley 22/1993 dispone que las tasas por servicios sanitarios sobre el tráfico marítimo y aéreo serán de aplicación obligatoria a todos los productos de origen animal considerados en tal norma, cuando provengan de un país tercero no perteneciente a la Comunidad Europea.

A juicio del órgano judicial que plantea la cuestión de inconstitucionalidad, la posible vulneración del principio de reserva de ley tributaria se fundamenta en que sólo cumple dicha reserva la regulación del hecho imponible en la Ley 22/1993; el resto de los elementos sometidos a la reserva permanecen regulados en el Decreto 474/1960. Según la doctrina del Tribunal Constitucional la reserva de ley en materia tributaria no afecta por igual a todos los elementos integrantes del tributo. El grado de concreción exigible a la Ley es máximo cuando regula el hecho imponible, pero es menor cuando se trata de regular otros elementos como el tipo de gravamen y la base imponible.

En el caso de las prestaciones patrimoniales de carácter público que se satisfacen por la prestación de un servicio o actividad administrativa el planteamiento es similar. El Tribunal Constitucional mantiene que la colaboración del reglamento puede ser especialmente intensa en la fijación y modificación de las cuantías —estrechamente relacionadas con los costes concretos de los distintos servicios y actividades— y de otros elementos de la prestación dependientes de las específicas circunstancias de los distintos tipos de servicios y actividades. Sin embargo, esta especial intensidad no puede predicarse de la creación *ex novo* de dichas prestaciones ya que en este ámbito la posibilidad de intervención reglamentaria resulta sumamente reducida puesto que sólo el legislador posee la facultad de determinar libremente cuáles son los hechos imponibles y qué figuras jurídico-tributarias prefiere aplicar en cada caso.

Una vez definido el ámbito de la reserva de ley en esta materia procede plantear si es o no conforme a la Constitución que el legislador, habiendo tenido la oportunidad de regular en su totalidad el régimen jurídico de la tasa citada, haya incidido únicamente en el hecho imponible, en tanto que el resto de los elementos esenciales de la misma permanecen en una norma preconstitucional infralegal.

En este caso, el Tribunal Constitucional expone que “con independencia de si habría sido o no deseable o conveniente, desde el punto de vista de la exigencia que conlleva el principio constitucional de la reserva de Ley tributaria, que por ley formal se hubiera producido la regulación íntegra de la tasa, una vez vigente la norma fundamental, lo cierto es que perfectamente puede entenderse que con el art. 11 de la Ley 22/1993 lo que el legislador lleva a cabo es una asunción como propia del contenido del Decreto preconstitucional en todo lo demás que no sea lo que dicho art. 11 expresamente establece, a saber, la imposición obligatoria de los servicios sanitarios para todos los productos de origen animal importados de países extracomunitarios por vía marítima o aérea”.

A la luz de lo expuesto, el Tribunal Constitucional desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada al no existir en este caso vulneración del principio de legalidad tributaria.

La **STS de 10 de febrero de 2003**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 2372, resuelve una cuestión de ilegalidad en torno al régimen de seguridad social de los trabajadores autónomos. Aunque el Tribunal llega a la conclusión de que la normativa reglamentaria que regula el régimen especial de trabajadores autónomos (RETA) no es contraria al art. 41 CE, sí considera que dichas disposiciones llevan a cabo una alteración del sistema legal que, si bien establece la obligación de cotización a los trabajadores autónomos, no prevé esta obligación para quienes han dejado de estar incluidos en el RETA al haber cesado la actividad desarrollada como trabajadores autónomos y han perdido, consecuentemente, el derecho a las prestaciones y la cobertura de riesgo correspondientes. En este aspecto, la normativa reglamentaria estaría ordenando materias reservadas a la Ley en virtud del art. 31.3 CE.

C) Procedimiento legislativo: la Disposición Adicional Tercera de la Constitución y el artículo 46 del Estatuto de Autonomía de Canarias exigen un informe o audiencia a la Comunidad Autónoma Canaria en la tramitación de Leyes que modifiquen o afecten al régimen fiscal canario cuya omisión determina su inconstitucionalidad

El Tribunal Constitucional en su **STC 137/2003, de 3 de julio**, recoge la doctrina expuesta en las recientes **SSTC 16/2003 y 62/2003** sobre las características del régimen canario y las exigencias procedimentales que plantea su modificación o afectación por la normativa estatal. La Disposición Adicional Tercera de la Constitución y el art. 46 del Estatuto de Autonomía de Canarias exigen con carácter preceptivo para modificar el régimen fiscal de Canarias informe o audiencia previa de la Comunidad Autónoma.

IV. Fuentes del Derecho

El régimen económico y fiscal canario, a los efectos de la garantía procedimental establecida en el bloque de la constitucionalidad (Disposición Adicional Tercera CE y art. 46 Estatuto de Autonomía de Canarias) se caracteriza por un régimen de franquicias al consumo, por una presión fiscal indirecta menor y por la existencia de tributos cuya recaudación se atribuye a la Comunidad Autónoma y a los Cabildos. En este caso el impuesto sobre medios de transporte incide en el ámbito de las franquicias sobre el consumo y la reducción de sus tipos de gravamen afecta a la presión fiscal indirecta y al nivel de recaudación en la Comunidad Autónoma de Canarias, por lo que cabe afirmar que la regulación en cuestión afecta al régimen económico y fiscal. Dado que la Disposición Adicional Tercera de la Constitución y el art. 45 del Estatuto de Autonomía de Canarias exigen con carácter preceptivo y no vinculante en estos supuestos informe o audiencia de la Comunidad Autónoma y dichos trámites no han tenido lugar, su omisión constituye una violación que entraña la inconstitucionalidad de la norma impugnada en lo que se refiere a su aplicación a Canarias.

Sobre esta cuestión, vid. JA, núm. 20, IV.3.A).

D) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley: el Tribunal Constitucional puede modular dichos efectos en atención a situaciones determinadas

En la STC 137/2003, de 3 de julio, la declaración de inconstitucionalidad del art. 34 del Real Decreto-Ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera en lo que a su aplicación a Canarias se refiere, es modulada en cuanto a sus efectos por el Tribunal Constitucional. El Tribunal estima que dicha modulación es necesaria para atender adecuadamente a otros valores con trascendencia constitucional, como los derechos de los terceros que adquirieron sus vehículos soportando una tributación menor a la que se produciría de haberse aplicado los tipos de gravamen anteriores a la reforma operada por el precepto anulado. Por este motivo, el Tribunal, conforme a las exigencias del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), declara que las situaciones jurídico-tributarias producidas a su amparo no son susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad.

5. BASES: LA TRANSMISIBILIDAD DE LAS OFICINAS DE FARMACIA CONSTITUYE UN CRITERIO NORMATIVO COMÚN AL AMPARO DEL ARTÍCULO 149.1.16 CE

En la STC 152/2003, de 17 de julio, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de ordenación farmacéutica de Galicia, se reproducen muchas de las argumentaciones establecidas en la STC 109/2003 (Ley de atención farmacéutica de Extremadura y Ley de ordenación del servicio farmacéutico de Castilla-La Mancha) sobre el carácter básico de la calificación de las farmacias como establecimientos sanitarios así como de la transmisibilidad de las oficinas. En consecuencia se anula el art. 23 de la Ley 5/1999 de Galicia de ordenación farmacéutica, ya que, al prohibir la transmisión de las oficinas en determinados supuestos, impide que se materialice

en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia el criterio normativo común que la norma básica estatal establece para todo el territorio nacional, por lo que, en consecuencia, lo declara inconstitucional y nulo.

Sobre esta cuestión, vid. JA, núm. 21, IV.2.E).

6. DECRETO-LEY

A) Presupuesto de hecho habilitante: exige la existencia de una conexión entre la situación de urgencia definida y la concreta medida adoptada

En la **STC 137/2003, de 3 de julio**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de Canarias contra el art. 34 del Real Decreto-Ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera.

En el recurso se plantea que ni el Gobierno de la Nación ha justificado, ni es posible apreciar la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad que habilite la reducción de tipos de gravamen del impuesto especial sobre determinados medios de transporte para Canarias mediante Decreto-Ley.

El Tribunal expone que el concepto de extraordinaria y urgente necesidad que se contiene en la Constitución no es en modo alguno una cláusula o expresión vacía de significado sino la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional podrá, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de un Decreto-ley por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión por parte del Gobierno de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución.

El Decreto-Ley objeto de recurso puede considerarse que afecta a lo que el Tribunal Constitucional ha calificado como “coyunturas económicas problemáticas”, como supuesto típico que habilita su acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes.

Para controlar la concurrencia de ese presupuesto habilitante es preciso analizar dos elementos: en primer lugar, los motivos que, habiendo sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación hayan sido explicitados de forma razonada; y, en segundo lugar, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a la misma. En el caso que enjuicia la Sentencia citada, la Exposición de Motivos del Decreto-Ley destaca la situación de prórroga presupuestaria desencadenada como consecuencia de la devolución al Gobierno de la Nación

IV. Fuentes del Derecho

del proyecto de ley de presupuestos y la previsión de una pronta disolución de las Cortes Generales con vistas a unas elecciones como fundamento de la nueva regulación; estos motivos, si bien pueden justificar algunas de las medidas que contiene el Decreto-Ley, —las relativas a la actualización de los impuestos y tasas a efectos de mantener en 1996 en términos reales la recaudación prevista para 1995—, no legitiman la inclusión de la medida que es objeto de impugnación.

Sin embargo, el Tribunal admite como razón de la urgencia de la medida impugnada, la necesidad de estimular el mercado del automóvil con el fin de hacer frente a una situación de crisis económica, que fue expresada en el trámite de convalidación del Decreto-Ley. También debe entenderse cumplido el requisito de la conexión entre la situación de urgencia definida, —reactivación de la economía española mediante la intervención en uno de sus sectores más representativos como es el automovilístico—, y la concreta medida aprobada, —una reducción de cinco puntos en el impuesto especial sobre determinados medios de transporte—, dado que resulta idónea para la consecución del objetivo marcado, ya que la reducción de tipos en un impuesto que, como el impuesto sobre medios de transporte, grava el consumo, supone un incentivo a la adquisición de nuevos vehículos de turismo, lo que a su vez incide favorablemente en la recuperación de la actividad económica.

En virtud de las circunstancias y las razones expuestas el Tribunal concluye que es apreciable una situación de extraordinaria y urgente necesidad que justificaba la inclusión en el Real Decreto-Ley impugnado de la reducción del tipo de gravamen del impuesto especial sobre determinados medios de transporte.

B) La modificación del tipo de gravamen de un impuesto indirecto no “afecta” en el sentido del artículo 86.1 CE al derecho regulado en el artículo 31.1 CE

En la STC 137/2003, de 3 de julio, reseñada en el apartado anterior, se plantea también si la medida relativa a la disminución del tipo de gravamen del impuesto especial sobre determinados medios de transporte para Canarias, en tanto que incide en el elemento esencial de un tributo (el *quantum* del impuesto especial) “afecta” al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos establecido en el art. 31.1 CE, lo cual prohíbe el art. 86 CE.

El límite material del Decreto-Ley no viene determinado por las materias objeto de reserva de Ley; la cláusula del art. 86.1 CE (“no podrán afectar...”) debe ser entendida de modo tal que no reduzca a la nada el Decreto-Ley que es un instrumento normativo previsto por la Constitución, ni permita que por Decreto-Ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I.

En consecuencia, el Decreto-Ley no podrá alterar ni el régimen general ni aquellos elementos esenciales de los tributos que incidan en la determinación de la carga tributaria, afectando así al deber general de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su riqueza mediante un sistema tributario justo. En estos

términos, vulnerará el art. 86 CE cualquier intervención o innovación normativa que, por su entidad cualitativa o cuantitativa, altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario.

El precepto impugnado regula un impuesto indirecto que, lejos de configurarse como un tributo global sobre la renta o sobre el consumo, grava una específica manifestación de capacidad económica: la que se pone de manifiesto con la adquisición de vehículos. Por sus características no puede decirse entonces que la modificación parcial de su tipo de gravamen repercuta sensiblemente en el criterio de reparto de la carga tributaria entre los contribuyentes.

Por lo tanto, el Decreto-Ley no ha alterado de manera relevante la presión fiscal que deben soportar los contribuyentes y, por consiguiente, no ha provocado un cambio sustancial de la posición de los ciudadanos en el conjunto del sistema tributario, de manera que no ha afectado a la esencia del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que enuncia el art. 31.1CE.

7. REGLAMENTO

A) Distinción entre acto y norma

a) Las relaciones de puestos de trabajo gozan de naturaleza normativa

En los mismos términos que otras muchas sentencias estudiadas en números precedentes, las SSTs de 20 de marzo, 2 de abril y 27 de marzo de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 3306, 3454 y 3601 consideran que las relaciones de puestos de trabajo tienen la naturaleza jurídica propia de las disposiciones de carácter general.

b) No tiene naturaleza normativa un Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos por el que se establece el nuevo marco regulador de los precios para los servicios prestados por Telefónica

La vulneración de las normas sobre elaboración de disposiciones generales al ser aprobado el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 19 de abril de 2001, por el que se establece el nuevo marco regulador de los precios para los servicios prestados por Telefónica, por el que se modificó el Acuerdo de la misma Comisión de 27 de julio de 2000, es rechazada por el Tribunal Supremo en la medida en que el Acuerdo impugnado no tiene naturaleza normativa. Esta afirmación es realizada por la STS de 14 de abril de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 4212, fundada en las siguientes consideraciones: 1) falta de vocación de permanencia del Acuerdo, pues su vigencia es transitoria y limitada al plazo que va desde el día 1 de enero de 2001, hasta el 31 de diciembre de 2003; 2) se trata de un Acuerdo

IV. Fuentes del Derecho

directamente vinculado y predeterminado por las cambiantes circunstancias económicas y tecnológicas del sector, lo que implica que tras su corto período de vigencia, deben ser objeto de revisión; 3) en consecuencia, los efectos de estos acuerdos se agotan en sí mismos, sin que a ello afecte el hecho de que requieran posteriores decisiones por parte de Telefónica para, dentro de los límites máximos impuestos y en función de las fórmulas matemáticas establecidas, fijar los concretos precios para un momento dado; 4) a esta conclusión no obsta el que el Acuerdo pueda incluir determinados elementos normativos, pues éstos no desnaturalizan su verdadero contenido, que no es otro que el de autorizar a Telefónica a fijar precios de servicios telefónicos durante un período determinado, y 5) el hecho de que estos Acuerdos sean dictados con base en el art. 2 del Real Decreto-Ley 16/1999, no implica que los Acuerdos constituyan un desarrollo reglamentario de la norma legal, sino que los Acuerdos se dictan para ejecutar dicha norma.

En el mismo sentido, la **STS de 14 de abril de 2003**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 4379, en relación con la impugnación de otro Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos en relación con la ordenación tarifaria de Telefónica.

c) Una Orden que establece “normas” sobre la modificación de los conciertos educativos para el curso académico 2000-2001 en la Comunidad Autónoma de La Rioja no tiene naturaleza normativa

La Orden 45/2000, de 28 de marzo, de la Consejería de Educación, Cultura, Juventud y Deportes, por la que se establecen normas sobre la modificación de los conciertos educativos para el curso académico 2000-2001 en la Comunidad Autónoma de La Rioja, no es una disposición general, pese a que la **STSJ de La Rioja de 21 de enero de 2003**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 339, reconoce que la Orden “establece normas, pero no de carácter general, sino dentro de una relación de supremacía o sujeción especial derivada de los propios conciertos educativos, lo cuales tienen naturaleza jurídica de subvención convencional o contractual” (arts. 47 y 48 LODE). A ello añade que la Orden impugnada no es una disposición general porque aparece limitada en su vigencia a un período de tiempo determinado (el curso académico 2000-2001), “lo cual no es propio de las disposiciones generales, que tienen más bien vigencia indefinida”. Además, la sentencia señala que la Orden se dirige a una pluralidad determinada de destinatarios especialmente afectados, los centros concertados, es decir, los que están en relación de sujeción especial con respecto a la Administración educativa. Finalmente, se añade que, en la medida en que la Orden encuentra cobertura en el Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, que desarrolla a su vez el art. 47 de la LODE, constituiría una mera aplicación o ejecución concreta de aquél, sin que de ello se derive una innovación del ordenamiento jurídico.

d) Disposiciones administrativas: tienen naturaleza normativa

La **STS de 24 de febrero de 2003**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 3631, se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de las Resoluciones dictadas por el Instituto de Contabilidad Auditoría de Cuentas (ICAC). Reiterando algún prece-

dente anterior, la sentencia llega a la conclusión de que el ICAC goza de competencia para dictar resoluciones “del tipo de las que se impugnan indirectamente”, con base en la Disposición Final Quinta del Real Decreto 1643/1990, por el que se aprobó el Plan General de Contabilidad, que autoriza al ICAC a dictar las Resoluciones cuya validez se pone en duda, y que, a su vez, trae causa de la habilitación conferida por Ley 9/1988 al ICAC para dictar normas contables.

A esta apreciación se unen dos más adicionales: 1) en cuanto al procedimiento de elaboración de estas Resoluciones, se ha de tener en cuenta que estas disposiciones no constituyen un elemento normativo que surja aisladamente, sino que forman parte de una cadena de normas dictadas las unas en desarrollo de las otras, entre las que se incluye el Real Decreto 1643/1990 en cuya elaboración fueron cumplimentados los trámites procesales que exige nuestro ordenamiento en la elaboración de disposiciones generales, lo que exige una posterior reiteración de tales trámites al dictar las Resoluciones impugnadas; 2) la potestad normativa del ICAC está sujeta a los límites propios de todo reglamento y, entre ellos, al principio de jerarquía, sin perjuicio de que, dado el carácter técnico de la materia, deba reconocérsele cierto margen de apreciación para positivizar los criterios imperantes en el sector de la contabilidad.

B) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

a) Ausencia de participación en el trámite de audiencia de asociación voluntaria: inexistencia de nulidad

La STS de 10 de marzo de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 3067, mantiene la reiteradísima jurisprudencia que afirma que en el trámite de audiencia sólo es preceptiva la participación de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley cuyos fines guarden relación directa con la disposición [art. 24.1.c) de la Ley del Gobierno], pero no la de las asociaciones voluntarias. La misma doctrina en la STS de 16 de octubre de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 2317 de 2003 y en la STSJ de Galicia de 3 de julio de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 357.

b) Eficacia de las alegaciones vertidas en el trámite de audiencia: discrecionalidad administrativa para acoger o no las observaciones formuladas

La participación de las organizaciones colegiales afectadas en el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias tiene como fin que las corporaciones participantes expongan las observaciones y consideraciones que estimen pertinentes, pudiendo proponer modificaciones del texto que se somete a su consulta. Ahora bien, la STS de 24 de marzo de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 2876, estima que las alegaciones formuladas pueden ser o no atendidas por la Administración, considerando que tiene la facultad de recoger en el texto sometido a audiencia las modi-

IV. Fuentes del Derecho

ficaciones que se le propongan y le parezcan ajustadas a Derecho. Aclara, además, que el art. 24.1.c) de la Ley del Gobierno, en el que se prevé el mencionado trámite de audiencia, no obliga a repetir este trámite cada vez que se pretenda introducir un cambio en el proyecto de norma reglamentaria como consecuencia de la audiencia realizada. La defensa de los interesados contra estas modificaciones no se encuentra, por tanto, en la reiteración del trámite de audiencia, sino en la facultad de impugnar el texto reglamentario aprobado.

En este orden de cosas, también la **STS de 11 de febrero de 2003**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 2486, señala que la introducción de modificaciones no sustanciales en el proyecto sometido a audiencia no puede justificar la nulidad de las normas impugnadas por defectos sustanciales en su elaboración. Idéntica doctrina en la **STS de 16 de octubre de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 2317 de 2003 y en la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de julio de 2002**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 364 de 2003.

c) Ausencia del Dictamen del Consejo de Estado: sólo es exigible en la elaboración de reglamentos dictados en ejecución de la Ley

Sólo es preceptivo el informe del Consejo de Estado respecto de los reglamentos dictados en ejecución de la Ley (art. 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado), y no por lo que se refiere a un Real Decreto que se limita a establecer un título de formación profesional y las enseñanzas mínimas para su obtención (**STS de 10 de marzo de 2003**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 3067). En el mismo sentido, la **STS de 11 de febrero de 2003**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 2486, en relación con la impugnación de las Órdenes que desarrollan los Reales Decretos aprobatorios de los reglamentos del IRPF y del IVA, en la medida en que las Órdenes son complemento y desarrollo de los mencionados Reales Decretos que sí fueron sometidos al Dictamen del Consejo de Estado.

d) Innecesariedad de reiteración del Dictamen del Consejo de Estado debido a la incorporación de modificaciones no sustanciales

Reiterando una larga jurisprudencia, la **STS de 5 de marzo de 2003**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 3173, mantiene la innecesariedad de emitir nuevo Dictamen por el Consejo de Estado para informar de modificaciones no sustanciales del proyecto original.

e) Procedimiento de elaboración del Estatuto General de la Abogacía Española aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio. Aplicación de régimen específico

La **STS de 16 de junio de 2003**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 4402, se pronuncia sobre la impugnación del Real Decreto 658/2001, por el que se aprobó el Estatuto General de la Abogacía, fundada en la vulneración de las normas sobre elaboración de las disposiciones de carácter general. El Tribunal rechaza estas alegaciones afirmando que el procedimiento de elaboración de los Estatutos debe seguir las reglas

específicas a que se refiere la Ley de Colegios Profesionales. La sentencia pone énfasis en afirmar que el procedimiento de elaboración tiene dos fases, una corporativa que se desarrolla en el seno de la Corporación y que culmina con la aprobación del proyecto por el Consejo General del Colegio, y una segunda de ratificación por el Gobierno del texto aprobado. En otras palabras, esta segunda fase constituye un requisito legal de eficacia del Estatuto, pues no estamos en sentido estricto ante una aprobación, de lo que se deduce que dicha norma no es una disposición que deba seguir el procedimiento de elaboración previsto en el art. 24 de la Ley del Gobierno. Por esta razón, el Gobierno podrá aprobar o no el texto remitido por el Consejo General de la Corporación, pero no podrá introducir modificaciones. En caso de negar su aprobación deberá devolver el texto al Consejo para que éste lo modifique.

f) La falta de publicación de una Ordenanza no origina su invalidez, sino su ineficacia

La STS de 10 de febrero de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 4004, mantiene la doctrina que confiere a la publicación de las disposiciones generales el otorgamiento de plena eficacia a estos actos jurídicos, en este caso, una Ordenanza fiscal.

C) Impugnación de disposiciones de carácter general

a) Cuestión de ilegalidad: fin y eficacia

La STS de 10 de febrero de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 2372, resuelve una cuestión de ilegalidad en torno al régimen de seguridad social de los trabajadores autónomos. La sentencia realiza algunas declaraciones de interés sobre la eficacia y oportunidad de la regulación de la cuestión de ilegalidad en la nueva LJCA. A este respecto, señala el Tribunal que la cuestión de ilegalidad tiene como fin fundamental unificar las decisiones judiciales sobre la legalidad de las disposiciones generales en un solo órgano jurisdiccional dotando siempre a sus decisiones de eficacia *erga omnes*, evitando así situaciones de inseguridad jurídica y de desigualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico.

b) Impugnación indirecta de planes urbanísticos: requisitos

La STS de 9 de abril de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 3639, a la vez que confirma la asentada jurisprudencia que señala la posibilidad de impugnar indirectamente los instrumentos de planeamiento urbanístico, realiza una serie de aclaraciones en torno a los criterios aplicables a tales efectos: 1) la impugnación indirecta tiene como objeto la impugnación de un acto dictado con base en una disposición general, por lo que la ilegalidad de la norma no se esgrime como pretensión autónoma, sino como un motivo de impugnación del acto; 2) con base en lo anterior, no es necesario que en el recurso indirecto se cite en el escrito de interposición la norma en

IV. Fuentes del Derecho

cuya ilegalidad ha de fundarse, pues este dato es sólo un motivo de impugnación, y 3) la legitimación para interponer el recurso indirecto no se limita a quienes no impugnaron directamente la norma.

c) Impugnación indirecta de disposiciones generales: no cabe alegar vicios formales

La STS de 10 de febrero de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 4004, reitera una consolidada jurisprudencia, ya comentada en esta crónica en números anteriores, que mantiene que en los recursos indirectos sólo pueden invocarse vicios sustanciales.

d) Impugnación directa de disposiciones generales: tiene como objeto el control de legalidad de la disposición impugnada

Los recursos directos contra disposiciones de carácter general tienen como objeto controlar que el titular de la potestad reglamentaria haya respetado, en el desarrollo de los preceptos legales, el contenido de éstos. Si tal presupuesto se da y el juicio de contraste sobre la adecuación del reglamento a la Ley es positivo, el recurso necesariamente ha de ser rechazado salvo que se aprecien datos suficientes como para plantear una cuestión de inconstitucionalidad respecto de la propia Ley o ella misma vulnerase algún precepto de Derecho comunitario, en cuyo caso los órganos jurisdiccionales podrían considerarla inaplicable. Estos argumentos son vertidos por la STS de 21 de abril de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 4205, ante la impugnación del Real Decreto 248/2001, de 9 de marzo, de desarrollo del art. 7 del Real Decreto-Ley 15/1999, de 1 de octubre, por el que se aprobaron las medidas de liberalización, reforma estructural e incremento de la competencia en el sector de hidrocarburos. El Tribunal realiza las apreciaciones comentadas, porque la recurrente no aduce que el Real Decreto impugnado contravenga el Real Decreto-Ley que desarrolla, sino todo lo contrario, parte del presupuesto de que el reglamento se adecua a la norma legal. Por esta razón, añade la sentencia que al Tribunal no le corresponde juzgar la mayor o menor calidad de las normas reglamentarias, ni su oportunidad o conveniencia, sino si dicha norma se adecua a la Ley.

En este mismo asunto, se formulan otras alegaciones que pretenden fundamentar la invalidez del reglamento impugnado. De todas ellas, llama la atención que los recurrentes pretendan justificar la nulidad del Real Decreto 248/2001 con base en normas anteriores a la impugnada del mismo rango que, obviamente, es rechazada por el Tribunal.

e) Efectos de la impugnación directa de disposiciones de carácter general

Reiterando una larga jurisprudencia ya comentada repetidamente en números anteriores de esta revista, la STS de 31 de marzo de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 2886, mantiene que la estimación de un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general implica la nulidad de dicha norma, sin perjuicio de la subsistencia de los actos firmes que hubieran sido dictados en aplicación de la misma.

D) Derogación de normas reglamentarias**a) Eficacia de la norma derogada y reviviscencia plena en caso de nulidad de la norma posterior que la deroga**

La STS de 24 de marzo de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 4154, realiza algunos pronunciamientos interesantes en relación con la eficacia de las normas reglamentarias derogadas. Reproducimos las consideraciones de la sentencia:

“(…) en el lenguaje usual es frecuente hablar de derogación en términos de existencia de un acto normativo que vendría así a extinguirse o morir al ser derogado pero que en la ordenación formal de las fuentes, la derogación se sitúa, más que en el de la existencia, en el terreno de la sucesión de normas en el tiempo. Una norma derogada sigue así existiendo y produciendo efectos en el ordenamiento aun después de su derogación, respecto de las situaciones nacidas bajo su imperio. Si cesan esos efectos es por la fuerza derogatoria de la norma nueva que incide sobre la anterior y determina la cesación de su eficacia a partir de la entrada en vigor de la última. Es de apreciar por ello que si se declara nula la norma derogatoria cesa también la fuerza normativa, por lo que es claro que sigue desplegando efectos la norma anterior, y ya sin la limitación temporal del momento de entrada en vigor de la norma nueva, pues ha sido declarada con efectos *ex tunc*”.

Aplicando esta doctrina al caso examinado por el Tribunal, se llega a la conclusión de la vigencia del Real Decreto 1373/1979, en la medida en que la norma reglamentaria que procedió a su derogación, el Real Decreto 2647/1985, había sido declarado nulo por STS de 10 de noviembre de 1987, Ar. 879.

b) Pérdida sobrevenida de los preceptos reglamentarios

Como ya hemos tenido ocasión de mencionar, la STS de 10 de febrero de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 2372, resuelve una cuestión de ilegalidad en torno al régimen de seguridad social de los trabajadores autónomos. La sentencia se pronuncia sobre los efectos de la derogación o pérdida de vigencia de las normas reglamentarias. En este sentido, considera que, pese a la derogación de los reglamentos, puede ser necesario y útil el enjuiciamiento de la norma derogada en función del tiempo en que estuvo vigente hasta su derogación definitiva.

8. PRINCIPIOS GENERALES**A) Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales****a) Inexistencia de aplicación retroactiva de una Ordenanza municipal por motivos puramente cronológicos**

La STS de 6 de marzo de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 2554, niega que se haya producido una aplicación retroactiva de la Ordenanza muni-

IV. Fuentes del Derecho

cial de contaminación acústica del Ayuntamiento de Gijón aprobada el 14 de noviembre de 1994. El argumento es obvio: que una actividad haya sido autorizada antes de la entrada en vigor de la Ordenanza condicionada a la no instalación de música amplificada, no impide que si con posterioridad a la entrada en vigor de la citada norma se produjera una solicitud de nueva licencia, le sea aplicada la Ordenanza una vez ya en vigor y plenamente eficaz.

b) Inexistencia de vulneración motivada en la aplicación de las disposiciones transitorias establecidas en la LJCA de 1998 en lo atinente al régimen de recursos

El ATS de 16 de diciembre de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 3317 de 2003, inadmite el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Galicia de 18 de enero de 2001, por la que se desestimó el recurso interpuesto contra el Decreto de 14 de abril de 1997 del Ayuntamiento de Santiago de Compostela, que ordenó el cierre de la actividad de depósito de áridos por falta de licencia. En virtud de la interpretación de la Disposición Transitoria Primera de la LJCA de 1998 que el Tribunal viene reiterando, se entiende que el régimen de impugnación de todas las sentencias dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley se rijan por el régimen de recursos establecido en la misma. Según reiterada jurisprudencia, esta interpretación no supone una aplicación retroactiva de Leyes restrictivas de derechos, pues aunque el art. 24 CE garantiza el acceso a los recursos establecidos en las Leyes, ello no es obstáculo para que unas normas procesales impidan *ratione temporis* el acceso al recurso de casación, máxime cuando ningún precepto constitucional impone la necesidad de una doble instancia o de uno o varios recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionamiento.

c) Vulneración del artículo 9.3 CE derivada de la aplicación retroactiva de una Ley autonómica que impone deberes de cesión con efectos retroactivos

La declaración de inconstitucionalidad del TRRL de 1992 no admite la aplicación retroactiva de una Ley autonómica que impone deberes de cesión tratando de dar cobertura a preceptos declarados nulos e inconstitucionales por la STC 61/1997, pues ello supone una aplicación retroactiva de una Ley que restringe derechos fundamentales (STS de 11 de abril de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 3508). Esta doctrina, ya reiterada en relación con la legislación andaluza, se ha confirmado en la STS de 6 de marzo de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 3210, en relación con la legislación castellano-manchega. Con esta sentencia se generaliza el criterio jurisprudencial mantenido mayoritariamente acerca de las Leyes “puente” que fueron dictadas por las CCAA tras la STC 61/1997, y cuya vigencia fue remitida al momento de la publicación de aquella sentencia. Pese a algunas excepciones jurisprudenciales, se mantiene la doctrina mayoritaria que considera que: 1) la Ley autonómica que incorpora a su ordenamiento preceptos declarados inconstitucionales no legitima a su aplicación retroactiva desde el día de la publicación de la STC 61/1997, pues la inconstitucionalidad de la Ley estatal implica la nulidad radical de tales preceptos desde el mismo momento en que fueron dictados; 2) las Leyes que se dictan como consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad pueden regular hacia futuro la situa-

ción creada por la sentencia, pero no pueden tratar de esquivar indirectamente la eficacia de aquélla hacia el pasado, vulnerando la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional declarada por el art. 164.1 CE y que afecta a todos los poderes públicos, incluido al legislador.

B) Principio de igualdad

a) La garantía de este principio exige que las consecuencias jurídicas que deriven de la diferencia de trato sean proporcionadas a la finalidad perseguida

El principio de igualdad no “sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida”.

En la **STC 152/2003, de 17 de julio**, el Tribunal considera que el elemento diferenciador que en cuanto a la caducidad de la autorización de oficinas de farmacia supone el cumplimiento de setenta años de edad o el fallecimiento del farmacéutico, encuentra una justificación razonable y proporcionada en el interés público al que la autorización administrativa está vinculado.

b) Este principio no puede ser entendido como una regla que no admite excepciones frente a la igualdad absoluta

La **STS de 5 de marzo de 2003**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 3173, considera que el cambio de representatividad de las ONGs en el Consejo de Cooperación al Desarrollo operada por Real Decreto 281/2001, de 19 de marzo, sobre competencias, funciones, cooperación y organización del Consejo de Cooperación al Desarrollo, no vulnera el art. 14 CE porque este principio no puede ser entendido como una regla que no admite excepciones frente a una regla de igualdad absoluta. Y ello, se confirma pese a que cuatro de los seis representantes de las ONGs en el Consejo sean designados por el Ministro competente, pues ello no les priva de representatividad con respecto a los intereses que deben encarnar, máxime cuando los vocales de cada grupo pueden ser cesados a petición del grupo al que representan, de modo que se garantiza la vinculación y subordinación a los intereses que representan.

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ
JORGE AGUDO GONZÁLEZ

V. ACTOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Actos y Procedimiento Administrativos

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Procedimiento administrativo. Iniciación, tramitación y finalización. A) Procedimiento de adopción de medidas cautelares. B) Inexistencia de silencio positivo cuando se paraliza la tramitación por la petición de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución. **3. Eficacia y ejecución forzosa.** A) Inexistencia de notificación y conocimiento del acto. **4. Invalidez del acto administrativo.** A) Nulidad de pleno de un acto dictado por un órgano manifestamente incompetente por razón de la materia. B) Requisitos para que concurra desviación de poder. **5. Eliminación del acto administrativo.** A) Correcta utilización del procedimiento de rectificación de errores. B) Anulación de un acto declarativo por vía del artículo 103 LRJPAC cuando dicho acto ha sido dictado en virtud de una delegación del ejercicio de competencias.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre junio y noviembre de 2003 (marginales 2299 a 4696) respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y entre julio y noviembre de 2003 (marginales 179 a 568) respecto de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, no habiéndose detectado ninguna novedad reseñable.

2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. INICIACIÓN, TRAMITACIÓN Y FINALIZACIÓN

A) Procedimiento de adopción de medidas cautelares

La adopción de medidas cautelares a tenor del art. 72 LRJPAC no exige el otorgar un trámite de audiencia previa a los sujetos afectados. Es más, como precisa la STSJ de

Baleares de 24 de diciembre de 2002, FD 3º, Ar. 527, en casos como el enjuiciado —se adopta la medida cautelar de limitación temporal de horarios de actividad musical en establecimientos— se precisa que no exista conocimiento de la tramitación de la misma con el fin de conocer el estado real de la contaminación acústica.

B) Inexistencia de silencio positivo cuando se paraliza la tramitación por la petición de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución

Las SSTs de 14 de abril de 2003, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 8º.A, Ar. 4380 y 12 de mayo de 2003, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 2º, Ar. 4383, en aplicación del art. 42.5.c) de la Ley 30/1992, afirman la falta de producción del silencio positivo en una petición de restitución o compensación de un Partido Político realizada bajo la cobertura de la Ley 43/1998. Y ello porque los informes de la Abogacía del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado exigidos por la normativa sectorial con carácter preceptivo devienen como “opinión cualificada desde el punto de vista jurídico y financiero” dada la complejidad de las circunstancias concurrentes, por lo que el TS califica dichos informes como insustituibles.

3. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) Inexistencia de notificación y conocimiento del acto

La STS de 17 de junio de 2003, Sala Tercera, Sección Quinta, FJ 5º, Ar. 4573, aplica la conocida doctrina de la falta de eficacia del acto que carece de notificación o publicación, lo cual no afecta a su validez, subsanándose tal deficiencia cuando se interpone el recurso correspondiente, declarando extemporánea la impugnación del acuerdo de aprobación de un instrumento de planeamiento al no apreciar en el caso concreto una verdadera situación de indefensión. Y ello porque el sujeto recurrente era concejal e integrante de la Comisión de Urbanismo, por lo que sólo la más elemental falta de diligencia le habría impedido conocer el texto y la fecha del acuerdo de aprobación.

4. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Nulidad de pleno de un acto dictado por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia

La STS de 16 de julio de 2003, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 2º, Ar. 2321, reitera la doctrina que viene manteniendo nuestro Alto Tribunal y declara nulo de pleno derecho un acto dictado por la Administración del Estado cuando la competente es la Comunidad Autónoma por incurrir en el supuesto de nulidad de pleno derecho recogido en el art. 62.1.b) LRJPAC: actos dictados por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia. Concretamente, en este caso se trata de una autorización de usos permiti-

dos en la zona de servidumbre de protección (art. 26.1 Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas) otorgada por el Estado cuando la Administración competente es la autonómica.

Otras sentencias sobre la misma materia se encuentran reseñadas en los números 7, 8 y 9 de esta revista.

B) Requisitos para que concurra desviación de poder

La STS de 23 de junio de 2003, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 8º, Ar. 4413, reitera la doctrina que viene manteniendo nuestro Alto Tribunal sobre el vicio de desviación de poder previsto como causa de anulabilidad en el art. 63.1 LRJPAC. Concretamente la mencionada sentencia enumera los requisitos que deben apreciarse para que se entienda que efectivamente la Administración ha incurrido en desviación de poder:

“(…) En efecto, la desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1 de la Constitución) se basa en unas circunstancias que no concurren en la cuestión examinada:

a) El ejercicio de potestades administrativas abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración Pública, en la extensión que a este concepto legal le reconoce la ley.

b) La actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en una deliberada pasividad, cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Sala (...). No ha probado, en este caso, la parte recurrente la existencia de tal desviación de poder, por no existir la constatación de la concurrencia de una causa ilícita, reflejada en la disfunción manifiesta entre el fin objetivo que emana de la naturaleza del acto recurrido y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo propuesto por el órgano decisorio.

c) Para poder ser apreciada la desviación de poder era necesario que quien invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde, los pruebe cumplidamente, no se funde en meras opiniones subjetivas ni suspicacias interpretativas, ni tampoco se base en una oculta intención que lo determine, lo que ha sucedido en este caso, al no existir elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que las autoridades que intervinieron en los actos impugnados actuaron ajustándose externamente a la legalidad vigente, pero con finalidad distinta a la pretendida por la norma aplicable (desviación de poder), o apartándose manifiestamente de la razón y de la justicia en virtud de una motivación ilegítima (arbitrariedad), no pudiendo fundarse la estimación de estos vicios en meras conjeturas, irregularidades formales sin trascendencia o actos carentes de una verdadera significación al respecto (...).”

5. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Correcta utilización del procedimiento de rectificación de errores (art. 105.2 LRJPAC)

La STS de 26 de marzo de 2003, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 2º, Ar. 3560, reitera la doctrina mayoritaria del Alto Tribunal sobre el procedimiento de rectificación de errores regulado en el art. 105.2 LRJPAC y establece que para que se considere ajustado al ordenamiento jurídico la utilización de tal procedimiento el error que se pretende subsanar debe apreciarse teniéndose en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo, sin que sea necesario acudir a la interpretación y a una labor de exégesis con incidencia en los derechos del destinatario del acto que se pretende rectificar.

B) Anulación de un acto declarativo de derechos por la vía del artículo 103 LRJPAC cuando dicho acto ha sido dictado en virtud de una delegación del ejercicio de competencias (art. 13 LRJPAC)

La STS de 15 de abril de 2003, Sala Tercera, Sección Quinta, FFDD 4º y 5º, Ar. 4187, argumenta lo siguiente:

“(…) El art. 103 de esa misma Ley 30/1992 determina la posibilidad de que la Administración autora de un acto declarativo de derechos, pueda proceder a su anulación, a través del procedimiento de revisión contemplado en el precepto, previa declaración de lesividad del acto.

Tal artículo no puede haber sido infringido, en cuanto, estamos en presencia, de un acto de un ente de Administración Local (...) realizado por delegación de la Comunidad Autónoma Andaluza, y que por tanto, conforme a lo ya expresado, se entiende realizado por ésta, a través de su órgano competente en la materia (art. 13.4 LRJPAC), la que sólo puede anularlo, de *motu proprio* a través, precisamente del procedimiento articulado en este precepto, y no ejercitando una acción en proceso contencioso-administrativo, contra un órgano de Administración Local (vía art. 65 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985), pretendiendo la anulación de acto realizado materialmente por ésta, pero en virtud de delegación del órgano autonómico formalmente autor del acto que ahora pretende ser combatido frente a entidad no autora del mismo.

La pretensión anulatoria, realizada a través del presente proceso, y no regulado específicamente para ello por el artículo 103 de la Ley 30/1992, de ningún modo puede suponer infracción del mismo, ya estemos en supuestos de delegación interorgánica, intraorgánica o superorgánica, lo cual es indiferente a los efectos de la existencia válida y legítima de delegación, sin que para nada pueda afectar al principio de autonomía local el hecho de realizar un acto declarativo de derechos por delegación de órgano autonómico, originariamente competente (...)”.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Contratos administrativos y contratos privados.

A) Naturaleza de un convenio de colaboración y asistencia técnica entre administraciones locales y sociedades gestoras de servicios públicos. B) Naturaleza y finalidad de los convenios urbanísticos. 3. Actos preparatorios y requisitos de los contratos. A) Requisitos para

contratar. a) Exclusión de proposición defectuosa por falta de firma: defecto subsanable y momento de la subsanación. b) Adjudicación a oferta que aporta documentación con posterioridad: procedencia. B) Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. a) Falta de claridad del anuncio y del Pliego: irrelevancia. b) Ausencia de los criterios objetivos de adjudicación del concurso. c) Cláusula del Pliego que exige que no conste un informe favorable respecto de un licitador: encubre una sanción y vulnera el artículo 24 CE. 4. Formas de

adjudicación. A) Concurso. a) Facultad discrecional de la Administración en la adjudicación y motivación. b) Adjudicación improcedente a persona que carece de la clasificación requerida. c) Reconocimiento de una posible indemnización futura. d) Adjudicación improcedente a una proposición no ajustada a las bases y necesidad de declarar desierto el concurso. e) Adjudicación arbitraria y no motivada: desviación de poder. B) Subasta. a) Necesidad de subasta en la enajenación de acciones de sociedad municipal. 5. Ejecución

de los contratos. A) Equilibrio económico-financiero. a) Ejecución. B) Pago. C) Fianza. D) Extinción. a) Resolución de un contrato sin expediente contradictorio.

6. Contratos administrativos típicos. A) Contrato de obra. a) El *dies a quo* del plazo de prescripción del pago de las certificaciones derivadas de obras complementarias es el de la liquidación definitiva del contrato de obra. b) Resolución del contrato por causa imputable a la Administración. c) Intereses de demora y deuda líquida. B) Contrato de gestión de servicio público. a) Objeto de un contrato para la reparación, reforma y explotación de aparcamientos subterráneos: quedan fuera las obras derivadas de vicios constructivos.

b) Vulneración del plazo máximo de concesión de gestión indirecta de un servicio público municipal. C) Contrato de concesión de obra pública. a) El Agente urbanizador de la legislación valenciana del suelo es un concesionario de servicio público. **7. Impugnación del Reglamento de Contratos por cuestiones relativas a las funciones de los técnicos al servicio de la obra.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de enero a julio de 2003, por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y de octubre de 2002 a febrero de 2003, en relación con las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

De entre las sentencias analizadas en esta ocasión, han llamado la atención varias de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia. De entre ellas, reviste un especial interés la **STSJ de Asturias de 30 de enero de 2003**, Ar. 256, que considera como arbitraria y generadora de indefensión (con vulneración del art. 24.1 CE), una cláusula de un Pliego de Condiciones que excluía del concurso a aquellos licitadores respecto de los cuales constaba un informe desfavorable, el cual, en ningún caso fue notificado a la parte interesada, por lo que nunca se pudo defender. Sostiene el Tribunal que esta cláusula es inadmisibles por constituir una sanción encubierta.

También resulta interesante la **SAN de 20 de noviembre de 2002**, Ar. 52/2003, que considera la firma de la oferta presentada a un concurso como un requisito esencial cuya omisión justifica la exclusión de dicha oferta de la licitación. Igualmente, la Sentencia considera el acto de apertura de la oferta económica como el momento idóneo para la subsanación de este defecto.

2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

A) Naturaleza de un convenio de colaboración y asistencia técnica entre administraciones locales y sociedades gestoras de servicios públicos

La **STS de 4 de julio de 2003**, Ar. 4377, analiza la naturaleza jurídica de un convenio de colaboración y asistencia técnica. Sostiene el TS que no se trata ni de un convenio de cooperación en sentido estricto, ni tampoco un contrato de asistencia técnica, sino que se trata de “un negocio bilateral formalizado entre las Administraciones locales, de una parte y de otra, por sociedades gestoras de determinados servicios que tienen atribuidos por las Administraciones que les han creado y que son entidades pertenecientes a su pro-

pia organización, para ejercer sus competencias o prestar los servicios de manera conjunta, formando una sociedad común de gestión en la que participan todos ellos como accionistas” (FD 2º, primer párrafo).

Para el TS, no se está en presencia de una estricta prestación de asistencia técnica, sino ante un supuesto de colaboración con los servicios municipales, en la forma reconocida por reiterada jurisprudencia.

B) Naturaleza y finalidad de los convenios urbanísticos

La STSJ del País Vasco de 6 de febrero de 2003, Ar. 761, señala la naturaleza y finalidad de los convenios urbanísticos, siguiendo jurisprudencia del Tribunal Supremo como:

“instrumentos de acción concertada entre la Administración y los particulares que aseguran a los entes públicos una actuación urbanística eficaz, la consecución de objetivos concretos y la ejecución efectiva de actuaciones beneficiosas para el interés general; su finalidad no es otra que complementar las determinaciones legales en materia de urbanismo, posibilitando el acuerdo de las partes afectadas por el planeamiento, eliminando puntos de fricción y los obstáculos que pueda ocasionar una determinada actuación urbanística. (...) Por lo demás, es necesario recordar también que los convenios urbanísticos vinculan a las partes que los hubieren concertado, en los términos que señala el Código Civil, cuando en ellos queda establecido con claridad suficiente los acuerdos de voluntades alcanzados, por lo que las prestaciones asumidas por los particulares a través de ellos, en la medida en que coincidan con las exigidas en las leyes o por los planes en vigor, son exigibles directamente en virtud de lo dispuesto en tales normas”.

En el caso enjuiciado se anula el convenio en cuestión por la incompetencia del órgano administrativo que lo autorizó, pues se trataba del Presidente de la Corporación, cuando debía haber sido el Pleno del Ayuntamiento.

3. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Requisitos para contratar

a) Exclusión de proposición defectuosa por falta de firma: defecto subsanable y momento de la subsanación

La SAN de 20 de noviembre de 2002, Ar. 52/2003, se basa en la impugnación de la exclusión acordada por la mesa de contratación, del escrito de oferta económica presentada por uno de los concursantes por no constar en ese escrito la firma del licitador y no haber hecho alegación alguna al respecto en el acto de apertura de la oferta económica. Frente a esto, el licitador excluido considera (y con él, la Sentencia de instancia), cumpliendo con todos los demás requisitos del Pliego, que la omisión de su firma en dicho

escrito era un defecto subsanable y que la Mesa, al excluirle del concurso, obró incumpliendo la normativa aplicable. Esta posición se apoya en el art. 105 del Reglamento General de Contratación del Estado, según el cual: “(...) el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal de que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para no admitir la proposición”.

La Audiencia Nacional, por su parte, concluye afirmando la no aplicación de este precepto transcrito, y ello porque, además de la importancia que tiene la suscripción por el licitador de su oferta económica, la firma también es necesaria por cuanto supone la manifestación expresa de la aceptación de las condiciones que se establecen en el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares que sirve de base a la convocatoria y el compromiso de llevar a cabo los trabajos objeto del concurso con sujeción a los expresados requisitos y por el precio señalado. La Sentencia defiende la aplicación del párrafo primero del citado art. 105, lo que justifica la exclusión por la Mesa de contratación de la oferta del recurrente, exclusión que se estima, por tanto, acertada.

Una vez sentada la trascendencia de la firma, la Sentencia se centra en dilucidar si se está ante un defecto subsanable y en cuál sería el momento idóneo para ello. En efecto, el Tribunal parte de la consideración de que se trata de un defecto material subsanable (con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo) y, en cuanto al momento de la subsanación, el Tribunal se basa en una interpretación conjunta de los arts. 104 y 108 del Reglamento General de la Contratación del Estado, de los que se desprende que es en el acto de la apertura de la oferta económica en el que los licitadores deben efectuar sus alegaciones al respecto y en el que, de haberse puesto de manifiesto un defecto, se puede subsanar.

En el caso, la Mesa, una vez que acordó excluir al licitador por la ausencia de la firma, le dio la oportunidad de expresarse al respecto y, al no producirse manifestación alguna, se dio por concluido el acto y precluyó en ese momento la posibilidad de subsanación de dicho defecto.

b) Adjudicación a oferta que aporta documentación con posterioridad: procedencia

La SAN de 28 de noviembre de 2002, Ar. 103/2003, conoce de la impugnación de una adjudicación a una oferta que carecía de ciertos documentos (relativos a la acreditación de estar al corriente de obligaciones tributarias y de la Seguridad Social), aunque los adjuntó una vez finalizado el plazo para presentar las ofertas. En opinión de la Audiencia Nacional, esto no puede determinar la nulidad de la adjudicación ya que, de conformidad con el art. 23 del Reglamento General de Contratación del Estado la nulidad se produce exclusivamente por el hecho de que la adjudicación del contrato se realice a favor de personas que carezcan de capacidad de obrar o se hallen en alguna de las circunstancias que el propio artículo prevé, que no es el caso. Además, nada obliga a que dichos documentos se hayan de presentar necesariamente con la propuesta, ya que el art. 97 del Reglamento General de Contratación establece la posibilidad de que el adjudicatario

pueda presentar otros documentos a los señalados expresamente en dicho artículo y que se exijan en el anuncio de la licitación en cualquier momento anterior a la formulación del contrato, salvo que en el anuncio de la licitación se disponga lo contrario. Por otra parte, el art. 107 del Reglamento General de Contratación permite adjudicar de forma provisional un contrato sin que se presenten dichos documentos, ya que exclusivamente prohíbe la adjudicación si no constan los documentos a que se refiere el art. 84.

B) Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

a) Falta de claridad del anuncio y del Pliego: irrelevancia

En el caso del que conoce la STSJ de Andalucía de 29 de octubre de 2002, Ar. 289/2003, se le reprocha al Pliego la inadecuada determinación del objeto del contrato, determinación que es exigida en los arts. 11.2 y 13 LCAP. Así, en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía se decía lo siguiente: “concurso para la redacción de proyecto y posterior adjudicación y concesión para la construcción de una Escuela de Enfermería”; y en el Pliego de Bases se identifica como objeto “concurso de redacción de proyecto de escuela de enfermería y ejecución del mismo, en régimen de concesión”.

El Tribunal considera que, a pesar de la falta de claridad, se puede llegar a deducir que el concurso se refiere a la redacción de un proyecto de los previstos en el art. 83.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. Sostiene, en definitiva, que la falta de claridad en la determinación del objeto del contrato no supone una vulneración de la LCAP que obligue a anular, por sí sola, la convocatoria del concurso.

b) Ausencia de los criterios objetivos de adjudicación del concurso

La STSJ de Andalucía de 29 de octubre de 2002, Ar. 289/2003, anula las bases de un concurso por considerar que carece de todo criterio objetivo para la adjudicación del mismo, limitándose a la mera indicación siguiente: “El concurso se resolverá con arreglo a los criterios que contrastados con estas bases, resulten más favorables y concernientes a los intereses públicos, pudiendo introducirse las modificaciones que se consideren necesarias en dicho Proyecto”.

Para el Tribunal, esta previsión supone una absoluta falta de seguridad jurídica, que impediría el control de la adjudicación, vulnerándose el art. 87 LCAP, por lo que el recurso es estimado.

c) Cláusula del Pliego que exige que no conste un informe favorable respecto de un licitador: encubre una sanción y vulnera el artículo 24 CE

En el caso del que conoce la STSJ de Asturias de 30 de enero de 2003, Ar. 256, se analiza si una cláusula del Pliego (que establece la exclusión de aquellos licitadores con respecto a los cuales conste un informe desfavorable de actuación emitido por un servicio administrativo) es admisible por tener acomodo en la libertad de pactos consagrada en

el art. 4 LCAP o si se trata de una norma netamente sancionadora, erróneamente ubicada y que por tanto escapa a toda forma de contradicción y defensa.

En virtud de esta previsión, la recurrente fue sistemáticamente excluida de la licitación durante varios años sin que, en ningún momento, se le notificara formalmente que tuviera dicho informe desfavorable, razón por la cual se vio impedida de poder formular cualquier tipo de impugnación, aclaración o defensa. En esa medida, en cuanto se le causó indefensión, se produce una infracción del art. 24.1 CE.

Además, la Sentencia considera que el requisito apuntado viene a funcionar como una sanción encubierta, en virtud de lo siguiente:

“(…) dado el cripticismo con el que ‘ha sido manejada por la Administración, al no dar audiencia a la persona afectada, que se vio sorprendida en su buena fe. De admitirse tal comportamiento de la Administración, vulnerador del derecho fundamental señalado, estaríamos dejando en manos de aquélla prerrogativas que excederían de las propias de que goza en materia de contratación administrativa y que la ley contempla (…). El interés público (…) jamás puede prevalecer sobre las garantías y derechos fundamentales constitucionales tales como el de interdicción de indefensión (ex art. 24.1 CE) y en una fase previa a la contratación cual es la presentación de solicitud al concurso y admisión al mismo’. (…) De igual modo se infringe el art. 25.1 CE por cuanto en el momento de ocurrir los hechos ninguna ley los tipificaba como faltas sancionables concretas que fueran causa de no admisión al concurso, si bien podrían ser causa de resolución del contrato ex art. 112.g) o h) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, y lo que es también importante en el presente caso: la sanción que se ha aplicado de prohibición de contratar *ad perpetuitem* con la Administración Autonómica, resulta absolutamente arbitraria”(FD 5º, párrafos 3º y 4º).

4. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Concurso

a) Facultad discrecional de la Administración en la adjudicación y motivación

La STS de 23 de junio de 2003, Ar. 4413, reitera la doctrina jurisprudencial conforme a la cual en la adjudicación de contratos celebrados por la Administración se está en presencia del ejercicio de una facultad discrecional, sin que ello suponga arbitrariedad.

b) Adjudicación improcedente a persona que carece de la clasificación requerida

La STSJ de Castilla y León de 31 de enero de 2003, Ar. 395, anula una adjudicación a empresario que no pudo acreditar la obtención previa de la clasificación que se exige para el contrato.

c) Reconocimiento de una posible indemnización futura

Resulta muy curiosa la indemnización reconocida por la STSJ de Castilla y León de 31 de enero de 2003, Ar. 395. Esta sentencia, tras anular la adjudicación realizada por el Ayuntamiento, reconoce una indemnización a favor del recurrente para el caso de que éste, en el nuevo proceso de contratación que se lleve a cabo, resulte finalmente adjudicatario. En ese supuesto, en caso de no poder ejecutar el contrato por haber sido ya realizado, deberá ser indemnizado por el importe del beneficio industrial del presupuesto de ejecución de la obra, siguiendo así el criterio sentado por una reiterada jurisprudencia.

d) Adjudicación improcedente a una proposición no ajustada a las bases y necesidad de declarar desierto el concurso

La STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de febrero de 2003, Ar. 487, como no podía ser de otro modo, anula la adjudicación a una proposición que incumplía los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones Técnicas del contrato. Y, puesto que la proposición presentada por la recurrente tampoco parece que cumpliera las condiciones exigidas por la Administración, el Tribunal concluye afirmando que la Administración debía haber dejado desierto el concurso.

e) Adjudicación arbitraria y no motivada: desviación de poder

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 31 de enero de 2003, Ar. 336, anula la adjudicación de un contrato de gestión indirecta de servicio público para el desarrollo urbanístico de un sector a una empresa mercantil de titularidad municipal, y ello siguiendo ya pronunciamientos anteriores de la misma Sala con respecto a la figura del “agente urbanizador”. La anulación se fundamenta en un dictamen pericial de un economista que llega a la conclusión de que los motivos básicos por los que se desestimó una propuesta y se aceptó otra son inciertos y arbitrarios, puesto que la propuesta jurídico-económica de la recurrente era viable económicamente, más beneficiosa que la que resultó adjudicataria, resultando una mejor oferta en costes de urbanización y suponía un menor coste de ejecución.

Ello le lleva al Tribunal a concluir que la adjudicación fue arbitraria y basada en motivos “tan injustificados, como inciertos” (FD 4º).

Resulta, en definitiva, muy llamativo que el Tribunal anule esta adjudicación por considerarse que la oferta que resultó adjudicataria no es la más adecuada y beneficiosa para el municipio y para los intereses públicos. No es fácil encontrar pronunciamientos judiciales de este tipo, que suponen un control tan intenso del ámbito de decisión administrativa en materia de contratación.

B) Subasta**a) Necesidad de subasta en la enajenación de acciones de sociedad municipal**

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de enero de 2003, Ar. 244, anula los acuerdos plenarios de la Diputación Provincial de Valencia por los que se resuelve aprobar los pliegos de cláusulas y la convocatoria de concurso para la enajenación de parte de las acciones de unas sociedades de propiedad de la Diputación y gestoras de servicios de sus competencias.

El Tribunal considera que este negocio jurídico no se puede calificar como contrato administrativo para la gestión del servicio público, pues no adopta la naturaleza propia de tales contratos, ya que ni se concede el servicio para su gestión indirecta por el adjudicatario, ni se formula netamente la constitución de una fórmula de gestión mixta por gestión interesada o sociedad mixta. Sin embargo, reconoce también que el resultado de las transmisión de las acciones va a ser la existencia final de una sociedad mixta, para lo que se previene, incluso, la aprobación posterior por los órganos societarios de unos nuevos estatutos sociales.

La conclusión de este negocio como la enajenación de bienes patrimoniales, conlleva el utilizar el cauce de la subasta para la misma, conforme establece el art. 80 TRLRL.

Sin embargo, no se puede negar que aquí concurre una circunstancia especial y es la de que mediante la enajenación de acciones se está estableciendo una forma de cogestión de los servicios públicos afectados. A pesar de ello, el Tribunal entiende que no puede obviarse el mandato legal de acudir a la subasta, por mucho que pueda admitirse la similitud con la fórmula de la gestión indirecta o compartida.

5. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS**A) Equilibrio económico-financiero****a) Revisión de precios**

En la STSJ de Cataluña de 23 de diciembre de 2002, Ar. 491, se afirma que “la revisión de precios, como derecho que constituye una excepción al principio de que el contrato se hace a la ‘ventura’ del contratista, (...) nace de la inclusión en los pliegos de condiciones particulares, y se ejerce durante la vigencia del contrato, no una vez expirado”.

La STSJ de Asturias de 30 de mayo de 2003, Ar. 795, fija la cuantía de la revisión de precios de un contrato de obras de construcción de redes de saneamiento y, siguiendo pronunciamientos anteriores de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, considera innecesario a estos efectos deducir los costes de amortización de los vehículos de la contrata.

B) Pago

La SAN de 31 de julio de 2002, Ar. 100, sigue constante jurisprudencia sobre el derecho al abono de los intereses devengados por los intereses vencidos resultantes de la constitución en mora, desde la fecha de interposición del recurso hasta su pago (anatocismo). Vid. al respecto Justicia Administrativa, núm. 21, epígrafe 3.C).a).

C) Fianza

En la STSJ de Valencia de 30 de octubre de 2002, Ar. 350, se enjuicia la determinación de la licitud del art. 68 de la Ordenanza de Desarrollo y Ejecución Urbanística de un Plan General, en cuanto exigía el 100 por ciento del coste de la obra como garantía contractual al contratista de la Administración. Para ello el Tribunal valenciano se plantea una posible contradicción en la regulación de la garantía definitiva que deben constituir los adjudicatarios de los contratos —entre la exigencia prevista en el art. 29.8 de la Ley 6/1994 de la Generalitat Valenciana, Reguladora de la Actividad Urbanística y el art. 36 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas—. Finalmente el Tribunal declara nulo el citado precepto del Plan General y falla en favor de la inaplicación de la legislación autonómica que exige un 7 por ciento del coste de la Urbanización previsto frente al cuatro por ciento exigido por la legislación estatal, en la medida que este punto era directamente una transposición del derecho comunitario.

D) Extinción

a) Resolución de un contrato sin expediente contradictorio

La STSJ de Asturias de 30 de enero de 2003, Ar. 256, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sostiene que, aunque es cierto que la normativa de la contratación del Estado exige la previa instrucción de un expediente contradictorio cuando la Administración pretende dar por resuelto un contrato en que hubiera intervenido, este requisito no tiene que cumplirse cuando no se trata de resolver un supuesto de incumplimiento sino simplemente el vencimiento del plazo pactado.

6. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de obra

a) El *dies a quo* del plazo de prescripción del pago de las certificaciones derivadas de obras complementarias es el de la liquidación definitiva del contrato de obra

Así lo sostiene el Tribunal Supremo en STS de 31 de enero de 2003, Ar. 3326.

b) Resolución del contrato por causa imputable a la Administración

En la STSJ de Andalucía de 28 de octubre de 2002, Ar. 307/2003, transcurridos más de nueve años desde la recepción provisional, la contratista instó la resolución del contrato por incumplimiento de las cláusulas del mismo por parte de la Administración, en concreto estima que se ha incumplido la cláusula en relación con la medición definitiva de la obra, la cláusula sobre la recepción definitiva y lo relativo al plazo de garantía de la obra. El Tribunal de Justicia consideró que era posible la resolución en la medida que no se había consumado el proceso contractual porque no existía ni recepción definitiva ni liquidación final. Asimismo en relación con el acto de recepción definitiva recordó que la presencia del contratista en el mismo “tiene el sentido de garantizar su audiencia en orden al estado de la obra y a las reparaciones que en su caso puedan decidirse, pero no la significación de integrar con su voluntad la estructura del acto final del proceso contractual”. Por otro lado, quedó probado que la Administración no instó la resolución porque era consciente de que no existía incumplimiento del contratista y que, por el contrario, su inactividad y desidia durante más de nueve años impidió una solución al problema cuando los propios informes del Director Facultativo y Servicios Jurídicos proponían la Resolución o la ejecución de las obras por ella, así como el abono total de las obras y los intereses de demora por retraso en el pago.

c) Intereses de demora y deuda líquida

En la citada STSJ de Asturias de 30 de mayo de 2003, Ar. 795, se señala que el *dies a quo* de devengo de intereses, en caso de demora en el pago del saldo debido, no es el de la intimación formal, sino simplemente el de los tres meses desde la fecha de las certificaciones, por lo que “habrá de estarse a la fecha de presentación de cada una de las certificaciones abonadas para computar el inicio del derecho al percibo de intereses”.

La STSJ de 30 de mayo se refiere asimismo al momento en el que la deuda se considera como “líquida”, la jurisprudencia viene reiteradamente declarando que se trata de aquel en el que su concreta cuantificación sólo dependa de una simple y material operación aritmética, y no sólo de que el acreedor pida una cantidad exacta de dinero en la demanda por tal concepto.

B) Contrato de gestión de servicio público**a) Objeto de un contrato para la reparación, reforma y explotación de aparcamientos subterráneos: quedan fuera las obras derivadas de vicios constructivos**

La STSJ de La Rioja de 20 de noviembre de 2002, Ar. 305, consideró que, en el ámbito del contrato de concesión para la reparación, reforma y explotación de aparcamientos subterráneos para vehículos que, aunque las cláusulas contractuales imponían a la contratista, una Asociación de concesionarios, la ejecución de las obras de reparación, refor-

ma y conservación necesarias para el buen mantenimiento del Aparcamiento, lo cierto es que la falta de impermeabilización de la obra era un defecto constructivo cuya solución excedía claramente del ámbito propio de una obra de reparación o conservación, y que imposibilitaba de hecho que el aparcamiento pudiera cumplir la finalidad con la que fue construido. El Tribunal sostuvo que el Ayuntamiento demandado no tendría una responsabilidad contractual por este vicio constructivo si la reclamación fuera planteada por la primera sociedad concesionaria, que fue quien ejecutó las obras de construcción de aquél; pero al haberse extinguido la concesión inicialmente concedida a la misma, y haber revertido a la Administración municipal todos los bienes, obras e instalaciones, previamente a la adjudicación de una nueva concesión a favor de la asociación actora, es en ese momento cuando el Ayuntamiento tiene la obligación, si, como es su intención, pretende otorgar una nueva concesión para la gestión del aparcamiento, de entregarlo en las debidas condiciones para que pueda cumplir su fin, de manera que la gestión del servicio público por parte de la nueva concesionaria pueda ser efectiva.

b) Vulneración del plazo máximo de concesión de gestión indirecta de un servicio público municipal

La STSJ de Navarra de 30 de enero de 2003, Ar. 49, anula la adjudicación de un contrato que la Sala califica como contrato de concesión de obra pública. El Tribunal considera que la adjudicación de la concesión por un período de 75 años es contraria al ordenamiento jurídico al infringir el art. 17 de la Ley Foral 10/1998, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra, en relación con el art. 194.1º de la Ley Foral 6/1990, que, en relación con la duración de este contrato, establece lo siguiente: “En los contratos de gestión de servicios públicos se fijará necesariamente su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que el plazo total pueda exceder, incluidas las prórrogas, de 75 años, sin perjuicio del plazo máximo establecido para la gestión indirecta de los servicios públicos en la legislación del régimen local”. Este plazo máximo está establecido en la Ley Foral 6/1990, en su artículo 194, según el cual la gestión indirecta, en sus distintas formas, no puede exceder, incluidas las prórrogas, de 50 años.

Por todo ello, en la Sentencia se considera vulnerado el plazo máximo de concesión de la gestión indirecta de un servicio público municipal según lo establecido en la legislación foral, que es de aplicación obligatoria por la Administración, por lo que, en la medida en que se excede de dicho plazo de 50 años, la adjudicación es nula.

C) Contrato de concesión de obra pública

a) El Agente urbanizador de la legislación valenciana del suelo es un concesionario de servicio público

En la citada STSJ de Valencia de 30 de octubre de 2002, FD 5º, Ar. 350/2003, se alude a la figura del Urbanizador como concesionario de un servicio público, y en cuanto asume la realización de la obra pública de urbanización, el objeto de su cometido será el del contrato de obras, por lo que siguiendo la legislación de otras Comunidades

Autónomas, se considera que su actividad se encuadra dentro del contrato de concesión de obra pública (art. 130 TRLCAP). Por último se cita (FD 6º) la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2001, para argumentar a favor de la naturaleza contractual de la adjudicación de un programa de actuación urbanística a un Urbanizador y que configura dicho contrato como un contrato de obra.

7. IMPUGNACIÓN DEL REGLAMENTO DE CONTRATOS POR CUESTIONES RELATIVAS A LAS FUNCIONES DE LOS TÉCNICOS AL SERVICIO DE LA OBRA

La STS de 28 de marzo de 2003, Ar. 3431, conoce de la impugnación del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Concretamente el recurso se dirigía frente a aquellos preceptos en los que se establecen los cometidos y funciones de los servicios técnicos de la Administración en determinados aspectos de la ejecución del contrato de obra. A juicio del Consejo General del Colegio de Aparejadores y Arquitectos técnicos esta regulación contradecía el régimen de intervención profesional definido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. El Tribunal Supremo realiza un examen de los preceptos cuestionados y concluye que no concurre la pretendida contradicción, entendiendo además que (FD 2º) “los supuestos de imaginable colisión entre los preceptos impugnados y la LOE, forzosamente serían mínimos, si se tiene en cuenta que la LCAP y su Reglamento, regulan exclusivamente las obligaciones de la Administración contratante y de sus técnicos, servicios, o dirección facultativa y la LOE se está refiriendo a los técnicos de diferente grado y titulación (Arquitectos, Aparejadores y Arquitectos Técnicos) que están al servicio privado de la empresa contratista”.

JULIA ORTEGA BERNARDO
MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Administración local. A) Autonomía local. Límites. a) La vulneración de la autonomía local por planes de ordenación del territorio. b) La autonomía provincial no resulta limitada por la reducción de competencias en materia de museos. c) Las competencias de las provincias de cooperación con las entidades locales para la realización de obras y la prestación de servicios, así como su decisión en materia de gasto público, no pueden ser menoscabadas por las Comunidades Autónomas. B) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales. Incompatibilidad con el cargo de concejal, por haber sido condenado el recurrente a pena de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo. C) Competencias y servicios locales. Alcance de las competencias municipales en relación con la potestad tarifaria. D) Régimen de funcionamiento de las entidades locales. a) Instrucción de un alcalde por la que se somete a su propia autorización todas las peticiones de acceso a información solicitada por concejales. b) La obligación de los alcaldes de tramitar mociones de censura. E) Organización Municipal. El carácter instrumental del Registro de Entidades Locales: Sus inscripciones tienen efectos declarativos no constitutivos. F) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. La ausencia de legitimación de las Comunidades Autónomas para recurrir los actos dictados en el ejercicio de competencias delegadas. G) Cooperación entre provincias y municipios. La potestad de autoorganización de las entidades locales determina que puedan celebrar convenios para la gestión de servicios públicos con los únicos límites del interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración.

1. ADMINISTRACIÓN LOCAL**A) Autonomía local. Límites****a) La vulneración de la autonomía local por planes de ordenación del territorio**

La STS de 20 de febrero de 2003, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 2126, estimó el recurso de casación por el motivo de incongruencia, interpuesto contra la Sentencia del TSJ de

Canarias, y dictó resolución desestimatoria del recurso contencioso deducido por una sociedad mercantil contra el Decreto 7/1995, de 27 de enero, del Gobierno de Canarias, por el que se aprobó definitivamente el Plan Insular de Ordenación Territorial de la Isla de Gran Canaria (en adelante PIOT), así como el contra el Decreto 42/1995, de 10 de marzo, de corrección de errores del anterior.

Alegaba la demandante que el citado Plan violaba el principio de autonomía local establecido en los artículos 137 CE y 25.1.d) LBRL, a lo que responde el TS, haciendo suyos los fundamentos de la STS de 16 de julio de 2002, Ar. 9961, que la figura de los PIOT se encuentran prevista en la Ley 1/1987, de 13 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Canarias, en virtud de la cual, estos planes pueden clasificar y desclasificar suelo, regular usos e intensidades, siempre que ello sea necesario para el cumplimiento de las finalidades que a estos instrumentos (que son a la vez instrumentos de ordenación del territorio y de ordenación urbanística) se señalan en aquella norma, por ello las CCAA pueden dictar planes que se superpongan a los meramente locales, en aras de los intereses supra-municipales. (Vid. también la STS de 20 de febrero de 2002, Ar. 2126, comentada en el núm. 21 de esta revista.)

b) La autonomía provincial no resulta limitada por la reducción de competencias en materia de museos

Las SSTS de 11 de febrero de 2003, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2231 y Ar. 2232, que son sustancialmente iguales, desestiman sendos recursos interpuestos por la Diputación de Barcelona contra Sentencias del TSJ de Cataluña que estimaron los recursos de la Generalidad de Cataluña contra los Acuerdos de dicha Diputación, por los que conjuntamente, con los Ayuntamientos de Tarrasa y Sitges, se constituían los Consorcios del Centro de Documentación y del Museo Textil de Tarrasa, y del Patrimonio de Sitges.

Pues bien, el TS siguiendo los fundamentos de la STS de 2 de febrero de 1995, relativa a un caso similar, señala, aplicando la doctrina constitucional sobre la autonomía local (SSTC 32/1981, de 28 de julio, 27/1987, de 27 de febrero, 40/1998, de 19 de febrero, entre otras), que lo que garantiza el artículo 137 CE en relación a los entes locales, es una garantía institucional pero no un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de la institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. De ello se deriva que mientras no se prive a las Diputaciones de su existencia real como institución, para convertirse en un simple nombre, los Estatutos de Autonomía podrán potenciar más o menos sus funciones y competencias. Por ello, y en virtud del artículo 9 del Estatuto de Cataluña que reserva la competencia exclusiva a la Generalidad en materia de museos que no sean de titularidad estatal, y de la normativa autonómica que lo desarrolla, la Generalidad de Cataluña acordó la transferencia de los museos de las Diputaciones provinciales a favor de la misma o de los Consejos Comarcales del territorio (Disposición Adicional Quinta, de la Ley 17/1990, de 2 de noviembre), lo que impedía a la Diputación de Barcelona la creación de los citados Consorcios.

c) Las competencias de las provincias de cooperación con las entidades locales para la realización de obras y la prestación de servicios, así como su decisión en materia de gasto público, no pueden ser menoscabadas por las Comunidades Autónomas

La STS de 27 de junio de 2003, Sala Tercera, Ar. 5745, recuerda la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 109/1998, de 21 de mayo, de acuerdo con la cual, el núcleo de la actividad de la provincia es el apoyo a los municipios radicados en su ámbito territorial, lo cual se traduce, de acuerdo con el artículo 36 LRBRL, en la cooperación económica, mediante diferentes instrumentos, a la realización de obras y servicios municipales y se lleva a la práctica mediante el ejercicio de su capacidad financiera y de gasto público. La ablación o menoscabo sustancial de dicho reducto indisponible han de reputarse lesivos de la autonomía provincial garantizada constitucionalmente. Y esa ablación se produce, precisamente, cuando la normativa impone una única forma o instrumento de cooperación a las provincias, en contra de lo dispuesto en el artículo 36.2.b) de la LRBRL y cuando se obliga a que todos los presupuestos consignados para financiar inversiones en obras y servicios se canalicen a través de un único instrumento. Por esa razón, el TC declaró inconstitucional el artículo 2.3 de la Ley catalana 23/1987 y la sentencia que ahora comentamos declara la inconstitucionalidad parcial de la Disposición Adicional Tercera del Decreto de la Generalidad de Cataluña 23/1988, de 29 de enero y la del artículo 1 del Decreto 310/1988, de 11 de octubre, que complementa y modifica al anterior. La Disposición Adicional dispone que “los programas y actuaciones de las Diputaciones en materia de cooperación en inversiones en obras y servicios de competencia municipal que adopten una modalidad de financiación distinta de la subvención han de instrumentarse exclusivamente a través del Plan Único de Obras y Servicios, para así dar cumplimiento de lo que prevén el artículo 9.1.a) de la Ley 5/1987, de 4 de abril, y el artículo 2.3 de la Ley 23/1987, de 23 de diciembre”. La nulidad se refiere únicamente al último inciso “y el artículo 2.3 de la Ley 23/1987, de 23 de diciembre”. Sin embargo, el artículo 1 del Decreto 310/1988 se declara nulo en su integridad, por cuanto dispone que “los recursos consignados en los presupuestos de las diputaciones catalanas del ejercicio 1988 para financiar inversiones en obras y servicios de competencia municipal se han de instrumentar exclusivamente a través del Plan Único de Obras y Servicios de Cataluña”.

B) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales. Incompatibilidad con el cargo de concejal, por haber sido condenado el recurrente a pena de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo

La STS de 3 de marzo de 2003, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2418, desestima el recurso contencioso-administrativo especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, interpuesto contra la Resolución de la Junta Electoral Central por la que se procedió a expedir credencial de concejal del Ayuntamiento de Barbate al siguiente de la lista en sustitución del recurrente, que había sido condenado a pena privativa de libertad de seis meses de prisión por sentencia firme.

La Junta Electoral Central, por aplicación del artículo 178.1 de la LOREG, tomando en cuenta tanto el cese en el cargo decidido por el pleno del Ayuntamiento de Barbate, como la causa de incompatibilidad concurrente, acordó expedir credencial a favor del sustituto

del condenado. Por eso, el hecho de que el Juzgado de lo Penal sustituyera la pena privativa de libertad por la de multa no permite alterar la conclusión antes expresada, ya que es un acuerdo posterior al cese del recurrente en el cargo de concejal que no modifica el dato fundamental de que éste fue condenado por sentencia firme a pena privativa de libertad lo que le hacía incompatible para el cargo de concejal, determinado su cese como acordó el Ayuntamiento y reconoció correctamente la Junta Electoral Central.

C) Competencias y servicios locales. Alcance de las competencias municipales en relación con la potestad tarifaria

La STS de 4 de abril de 2003, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 3604, desestimó el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Vitoria frente a la Sentencia TSJ del País Vasco que había estimado parcialmente el recuso contencioso contra el acuerdo municipal sobre adopción de tarifas del servicio público urbano de viajeros en autotaxi, que fue impugnado por la Federación de Consumidores del País Vasco.

Si bien la Sentencia no discute la potestad tarifaria de los municipios, expresión bajo la que se recogen las facultades que el ordenamiento les reconoce para fijar las tarifas correspondientes a los servicios prestados por la Corporación en los términos del artículo 155 RSCL, si señala, que esta potestad tiene que ejercitarse con respeto a la normativa general y a las competencias en materia de precios que corresponden a otras Administraciones implicadas, que, como en el caso presente, vienen referidas a la “Comisión de Precios del País Vasco”. Por ello el acuerdo municipal por el que se estableció autónomamente por el Ayuntamiento de Vitoria las tarifas de transporte urbano prescindiendo de las competencias del citado órgano autonómico le hace radicalmente nulo.

D) Régimen de funcionamiento de las entidades locales

a) Instrucción de un alcalde por la que se somete a su propia autorización todas las peticiones de acceso a información solicitada por concejales

La STS de 26 de febrero de 2003, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2513, desestimó el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del TSJ de Cantabria relativo a la instrucción de un alcalde sobre acceso de los concejales a los documentos y demás información obrantes en el ayuntamiento. Dicha instrucción establecía la necesidad de obtener autorización expresa del alcalde para obtener información, lo que a juicio del Tribunal de instancia y del Tribunal Supremo, supone un régimen de acceso notoriamente más restringido que el que se desprende de los artículos 14 a 16 del ROF, por lo que se concluye que la instrucción o circular indicada no tenía otra finalidad que la de cercenar los derechos subjetivos de los concejales lo que es contrario a derecho.

b) La obligación de los alcaldes de tramitar mociones de censura

La STS de 15 de mayo de 2003, Sala Tercera, Ar.4080, desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de primera instancia que declaró contrario al artículo 23 de la CE el acuerdo por el cual el Alcalde de Brunete denegó la convocatoria del Pleno para debatir la moción de censura presentada aduciendo que la misma adolecía de falta de motivación. La sentencia reitera la doctrina conforme a la cual los Alcaldes tienen la obligación de tramitar las mociones de censura “por ser éstas en el sistema democrático el mecanismo para exigir la responsabilidad política de los gobernantes designados por los ciudadanos”. De ahí que resulte injustificable supeditar su tramitación a cualquier exigencia que no esté claramente establecida en el ordenamiento jurídico y que se traduzca en una dificultad adicional para la viabilidad del mecanismo democrático.

E) Organización Municipal. El carácter instrumental del Registro de Entidades Locales: Sus inscripciones tienen efectos declarativos no constitutivos

La STS de 14 de marzo de 2003, Sala Tercera, Sección tercera, Ar. 3617, desestimó el recurso de casación interpuesto frente a la STJ de Andalucía relativo a la Resolución del Ministerio para las Administraciones Públicas, por el que acordaba inscribir un nuevo municipio en el Registro de Entidades Locales y la cancelación simultánea de la inscripción precedente según la cual figuraba como una entidad de ámbito territorial inferior al municipio.

La recurrente, en este caso, el municipio del que se había segregado la entidad objeto de inscripción, alegaba que no había sido oída en el procedimiento administrativo de cancelación/inscripción, a lo que responde en su Sentencia el Tribunal Supremo, que el citado Registro, tiene un carácter meramente instrumental, y por tanto sus funciones no son de control sino de mera constancia o toma de razón respecto de las decisiones singulares de las autoridades competentes en materia de régimen local, por lo que no puede sostenerse, como pretende la recurrente, la existencia de nulidad por un vicio de forma en el procedimiento registral seguido para reflejar las vicisitudes de la constitución del nuevo municipio.

F) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. La ausencia de legitimación de las Comunidades Autónomas para recurrir los actos dictados en el ejercicio de competencias delegadas

La STS de 15 de abril de 2003, Sala Tercera, Ar. 4187, confirma la sentencia del tribunal de instancia en la que se afirmaba la falta de legitimación de la Administración autonómica para recurrir en vía contencioso-administrativa un acuerdo local adoptado en el ejercicio de competencias que le habían sido delegadas por la Comunidad Autónoma. La sentencia recuerda que, de acuerdo con la Ley 30/1992, las resoluciones o actos dictados por delegación se consideran dictados por el órgano delegante y afirma que el artículo 65 de la LRBRL, que regula la posibilidad de impugnación por las Comunidades Autónomas de actos de la Administración local, se refiere a los que se dictan dentro de su propia y legítima competencia y no a los dictados en virtud de competencias que le han sido delegadas. La Administración autonómica debería, por tanto, proceder, en su caso, a la revisión del acto y no a recurrirlo directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

G) Cooperación entre provincias y municipios. La potestad de autoorganización de las entidades locales determina que puedan celebrar convenios para la gestión de servicios públicos con los únicos límites del interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración

La STS de 4 de julio de 2003, Sala Tercera, Ar. 4377, se enfrenta al problema de calificación jurídica y determinación del régimen de un convenio celebrado entre la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y Tratamiento de Residuos, la Entidad Metropolitana de Transportes, el Consejo Comarcal Barcelonés, la Mancomunidad de Municipios del Área Metropolitana de Barcelona y la Sociedad Urbanística de Rehabilitación y Gestión, la Sociedad Municipal de Aparcamientos y Servicios de Transportes de Barcelona, el Patronato Municipal de la Vivienda de Barcelona y la Entidad Barcelona Regional Agencia Metropolitana de Desarrollo Urbanístico e Infraestructuras, SA.

El convenio tenía por objeto el establecer un marco de referencia entre las partes para colaborar en el análisis y desenvolvimiento de estudios y proyectos técnicos para la planificación, proyección y construcción de infraestructuras supramunicipales en el territorio metropolitano, con fundamento en la aplicación del principio de coordinación y asistencia técnica entre diferentes Administraciones prevista en la ley, para la mejor consecución de los intereses públicos.

La sentencia de instancia declaró nulo el convenio al considerar que por su contenido y por los sujetos que en él intervenían debía calificarse de contrato de asistencia técnica y, sin embargo, el convenio no era conforme a la normativa aplicable a esta modalidad contractual.

El TS afirma que se trata de un convenio de colaboración cuyo objeto no encaja ni en el convenio de cooperación estricto ni en el contrato de asistencia técnica. Se trata, según la Sala, de un negocio bilateral formalizado entre Administraciones locales y sociedades gestoras de determinados servicios para ejercer sus competencias o prestar los servicios de manera conjunta formando una sociedad común de gestión en la que participan todos ellos como accionistas. De esta forma, se trata de un convenio que emana de la potestad autoorganizatoria de las entidades locales para la prestación directa de servicios y, más concretamente, de un convenio de cooperación interadministrativa de carácter económico, técnico o administrativo que no tiene más límites que los derivados del interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración. En consecuencia, el TS cassa la sentencia de instancia y declara la conformidad a Derecho del convenio.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

EVA DESDENTADO DAROCA

PEDRO ANTONIO MARTÍN PÉREZ

LUIS CESTEROS DAPENA

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**Sumario:**

1. Principio de legalidad: reserva de ley y tipicidad. A) Ordenanzas locales y suspensión de licencias de auto-taxi: flexibilidad, pero no exclusión, de la reserva de Ley.

B) Principio de legalidad y publicidad de las normas. C) Lo vulneran las cláusulas tipificadoras generales. D) Norma sancionadora en blanco en relaciones de sujeción especial.

E) No es imprescindible que las infracciones se clasifiquen en muy graves, graves y leves. F) No es necesario que las sanciones pecuniarias se cuantifiquen legalmente sobre la base de una rigurosa “dosimetría sancionadora”. G) Analogía versus interpretación de las normas sancionadoras conforme a los criterios aceptados por la comunidad jurídica.

2. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable. Límites: aplicación íntegra de la ley más beneficiosa y las normas temporales.

3. Elementos subjetivos de la infracción. Culpabilidad. A) Principio de personalidad de la pena: no puede sancionarse por hecho de otro. B) Dolo y culpa; dolo eventual y culpa consciente. C) El error invencible exime de culpa. **4. Concurrencia de infracciones y non bis in idem.**

A) Concurso ideal de infracciones. B) Concurso real de infracciones. C) Infracción permanente. D) Vertiente procedimental del non bis in idem: no es nula la sanción dictada antes de la sentencia penal sobre el mismo asunto si esta última es absolutoria.

5. Competencia sancionadora. A) Competencia territorial: en materia de transportes terrestres la determina el lugar de comisión de la infracción, con independencia del lugar de matriculación del vehículo. B) El órgano resolutor puede participar en las actuaciones previas. Lo esencial es que si instruye no decida. **6. Procedimiento administrativo sancionador.**

A) Consecuencias invalidantes o no de los vicios de procedimiento. B) Actuaciones previas y derecho a conocer la acusación. C) Derecho a no declarar contra sí mismo. D) Legitimación del denunciante. E) La modificación de la calificación jurídica de los hechos exige nueva audiencia. **7. Prueba y presunción de inocencia.**

A) La presunción de inocencia implica “la prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales”. Si tales pruebas se usan se origina una “lesión refleja” de aquel derecho fundamental. B) La prueba ilícita

no invalida la sanción si ésta se fundamenta en otra lícita e independiente. C) Carga formal de la prueba y presunción de inocencia. D) Carga material de la prueba: la duda originada por la falta de prueba o por la insuficiencia de la practicada favorece siempre al imputado. E) Las actuaciones inspectoras pueden constituir prueba de cargo en vía judicial. F) Pruebas procedentes de otros expedientes: se aceptan si el imputado también fue parte en ellos. G) La de presunciones como prueba de cargo. H) Valor probatorio de los informes de las entidades privadas que colaboran con la Administración.

I) Es necesario probar que existen dudas razonables sobre la interpretación de normas por quien la alega. **8. La resolución del procedimiento sancionador.** A) La falta de

resolución sancionadora no es subsanable por la resolución del recurso de alzada confirmatorio. B) Exigencias de motivación ligadas al principio de legalidad: debe expresar el precepto con rango de Ley en que se basa la sanción. C) La falta de concreción en la resolución sancionadora de la infracción cometida determina la anulación de la sanción. **9. Extensión de la sanción.** A) La motivación como contrapeso a un margen de

discrecionalidad del órgano sancionador para fijar la extensión de la sanción.

Matizaciones. B) Basta la firmeza en vía administrativa de anteriores sanciones para la agravación de la responsabilidad ante una nueva infracción. C) Los criterios para su

graduación han de referirse al momento de la comisión. D) La extensión de la sanción en el concurso ideal. **10. Extinción de la responsabilidad por prescripción: su cómputo en las infracciones permanentes.** **11. Control contencioso-administrativo de las sanciones.** A) Las sentencias contencioso-administrativas no pueden reconstruir la sanción

impuesta buscándole fundamentos que la Administración no dio. B) El juez no puede apreciar de oficio la violación del principio de proporcionalidad en la sanción administrativa. C) La jurisdicción contencioso-administrativa no puede imponer una sanción disciplinaria cuando la Administración acordó la no incoación del expediente.

1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Ordenanzas locales y suspensión de licencias de auto-taxi: flexibilidad, pero no exclusión, de la reserva de Ley

Ante la sanción municipal de suspensión de la licencia de auto-taxi impuesta en aplicación de una Ordenanza, la STC 161/2003, de 15 de septiembre, recurso de amparo, considera vulnerado el derecho a la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE y reitera que

tal suspensión de licencia es una sanción sometida al art. 25 CE, que el hecho de tratarse de una actividad intervenida y reglamentada no comporta la limitación de derechos fundamentales y que, aunque ante Ordenanzas municipales, la reserva de Ley “ha de ser flexible”, “esta flexibilidad no sirve (...) para excluir la reserva”. También razona que ni la Ordenanza en cuestión ni las sanciones impuestas encontraban base legal suficiente en la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres.

B) Principio de legalidad y publicidad de las normas

Se impuso sanción por una infracción tipificada en la Ley de Auditoría de Cuentas relativa al incumplimiento de normas de auditoría. Alegada la falta de publicidad de dichas normas, la **STS de 10 de diciembre de 2002**, Sección Séptima, Ar. 2465 de 2003, siguiendo una jurisprudencia de la que ya hemos dado cuenta, la rechaza por entender que la publicidad de las normas exigida en el art. 9.3 CE no tiene que consistir siempre y necesariamente en la publicación en el BOE ya que el art. 2.1 del Código Civil sólo es aplicable si no hay una ley que prevea otra forma de publicación y ello es posible, al menos, cuando los destinatarios de la norma están sometidos a una relación de sujeción especial. Precisamente, esto es lo que ocurre en el presente supuesto en el que la Ley de Auditoría de Cuentas y su Reglamento prevén la publicación de esas Normas Técnicas en el Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y sólo una referencia de esta última en el BOE.

En parecidos términos, la **SAN de 19 de septiembre de 2001**, Sección Sexta, Ar. 935 de 2003.

Por su parte, la **STS de 15 de abril de 2003**, Sección Cuarta, Ar. 3613, ante una sanción impuesta a una farmacéutica sobre la base de una infracción recogida en unos Estatutos Profesionales que fueron publicados en el Diario Oficial de una Comunidad Autónoma posteriormente a la iniciación del expediente sancionador, establece que “no puede estimarse cumplido el requisito de su publicación, necesario para su vigencia”.

C) Lo vulneran las cláusulas tipificadoras generales

Se impugnaba un precepto del RD 443/2001, sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores, que establecía que “el incumplimiento de los restantes preceptos de este Real Decreto será sancionado de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, y sus normas de desarrollo, así como en las demás normas que, en su caso, resulten de aplicación”. La **STS de 11 de abril de 2003**, Sección Tercera, Ar. 3073, concluye que, en este párrafo, “no se cumple la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, esto es, (...) no se satisface la necesidad de preexistencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) qué conductas son las constitutivas de infracción y cuáles las sanciones aplicables a ellas. Efectivamente, no se satisfacen las exigencias del principio de legalidad cuando, como aquí acontece, se tipifica como infracción, sin precisar de qué clase, cualquier y todo incumplimiento de los ‘restantes preceptos’ del Reglamento impugnado (...) y

cuando se prevé que esas indeterminadas infracciones se someten no sólo a las sanciones previstas en la LOTT y en sus normas de desarrollo, sino, también, a las sanciones establecidas en las demás normas que, en su caso, resulten de aplicación. Tal técnica jurídica de tipificación sitúa a los destinatarios de la norma en una posición desde la que no es posible prever con certeza cuáles sean las conductas prohibidas y cuáles las sanciones imponibles”.

En la misma línea, la **STS de 15 de abril de 2003**, Sección Cuarta, Ar. 3613, considera que tipificar como infracción en los Estatutos de un Colegio Profesional el “incumplimiento de preceptos legales, estatutarios o reglamentarios o de los acuerdos del Colegio” no cumple los requisitos exigidos por el artículo 25.1 de la Constitución, por “falta de la concreción necesaria en la norma aplicable de la conducta sancionada”. Bien es cierto que, además, la farmacéutica había sido sancionada por abrir su farmacia las 24 horas, lo que conculcaba un acuerdo del Colegio que era ilegal, pues la Sala estima que la competencia a este respecto era de la Administración autonómica.

D) Norma sancionadora en blanco en relaciones de sujeción especial

El recurrente alega que el art. 16.2.c) de la Ley de Auditoría de Cuentas (“el incumplimiento de las normas de auditoría que puedan causar perjuicio económico a terceros ...”) contiene una norma sancionadora en blanco sin respetar los límites constitucionales derivados de la reserva de Ley y del principio de tipicidad. La **STS de 10 de diciembre de 2002**, Sección Séptima, Ar. 2465 de 2003, rechaza esta alegación no sólo por considerar que se está ante relaciones de sujeción especial —donde se recuerda que el TC ha admitido una mayor flexibilidad, grado de inconcreción y ambigüedad en la formulación de estas remisiones normativas—, sino también porque dicha remisión cumple con las exigencias marcadas al respecto por la jurisprudencia del TS: “realizada de forma expresa, justificada por la complejidad de la materia objeto de regulación, recogiendo el art. 16.2.c) el núcleo esencial de la prohibición con referencia expresa al sujeto activo y al bien jurídico protegido, y además la propia Ley contiene la previsión sancionatoria”. En la misma línea, la **SAN de 19 de septiembre de 2001**, Sección Sexta, Ar. 935 de 2003.

E) No es imprescindible que las infracciones se clasifiquen en muy graves, graves y leves

El recurrente alega que la Ley de Defensa de la Competencia vulnera el art. 25.1 CE porque en diversos preceptos se limita a recoger los tipos de infracción sin utilizar la clasificación habitual de muy graves, graves y leves. A este respecto, la **STS de 6 de marzo de 2003**, Sección Tercera, Ar. 3021, sostiene que los tipos “pueden legítimamente quedar englobados en una única categoría sin que por ello infrinjan precepto constitucional alguno, pues ninguno existe que imponga la división tripartita que parece reclamar la recurrente”.

F) No es necesario que las sanciones pecuniarias se cuantifiquen legalmente sobre la base de una rigurosa “dosimetría sancionadora”

Así lo afirma la STS de 6 de marzo de 2003, Sección Tercera, Ar. 3021, que, en el caso de autos, añade que “resulta, por el contrario, inevitable otorgar al Tribunal de Defensa de la Competencia un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas sin vinculaciones aritméticas a parámetros de ‘dosimetría sancionadora’ rigurosamente exigibles.(...) la inevitable utilización de elementos de valoración referenciados a factores económicos de diversa naturaleza (cuotas de mercado, dimensiones de éste, efectos sobre los consumidores y otros similares) no convierte en absolutamente indeterminados los criterios para fijar la ‘importancia’ de la infracción en cada caso. Se trata de criterios preestablecidos legalmente, de modo que las exigencias de previa determinación normativa se cumplen en la medida en que las empresas afectadas pueden, o deben, ser conscientes de que a mayor intensidad de la restricción de la competencia por ellas promovida mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria, con los límites máximos que en todo caso fija el propio artículo 10, en términos absolutos o relativos”.

G) Analogía versus interpretación de las normas sancionadoras conforme a los criterios aceptados por la comunidad jurídica

Telefónica había sido sancionada por el TDC por “la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios”, pues se había retrasado injustificadamente —en muchos casos, más de un año— en el suministro de líneas telefónicas a “3 C Communications España, SA”, empresa que deseaba iniciar su actividad de telefonía con pago mediante tarjeta de crédito o débito, antes de que Telefónica operara en dicho sector.

Uno de los argumentos de Telefónica fue que el Tribunal de instancia había hecho una prohibida aplicación analógica del tipo sancionador, por cuanto la ley habla de “negativa” y en el supuesto de autos lo que hubo fueron “retrasos”. La STS de 6 de marzo de 2003, Sección Tercera, Ar. 3021, entiende que “no constituiría aplicación analógica de la norma considerar que incurre en dicha infracción quien, ostentando una situación de dominio del mercado, emplea una serie de retrasos sucesivos e injustificados para no satisfacer las legítimas demandas de otros operadores económicos. En la medida en que dichos retrasos injustificados tienen el mismo resultado que una negativa expresa (...) la lógica jurídica —y no la aplicación analógica— permite calificar semejante conducta de negativa injustificada”.

2. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE. LÍMITES: APLICACIÓN ÍNTEGRA DE LA LEY MÁS BENEFICIOSA Y LAS NORMAS TEMPORALES

Una empresa había sido sancionada por la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra, antes de que las “empresas de trabajo temporal” fueran objeto de regulación normativa permitiéndose esa práctica sometida al cumplimiento de los requi-

sitos establecidos. La empresa sancionada alega que, en virtud del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable, la sanción debe ser anulada. Pero la **STS de 18 de marzo de 2003**, Sección Cuarta, Ar. 3651, no comparte este criterio en virtud de dos argumentos que conducen al mismo resultado.

A) En primer lugar, recuerda que “la jurisprudencia penal ha declarado reiteradamente que el principio de retroactividad de la Ley penal más favorable supone la aplicación *íntegra* de la Ley más beneficiosa, incluidas aquéllas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la Ley anterior, (...), siempre que el resultado final suponga un beneficio para el reo”. A partir de ahí, para el caso concreto, concluye que “la parte recurrente pretende que se aplique la norma posterior más favorable en uno de sus elementos –la autorización de la cesión–, pero no en otro –el cumplimiento de los requisitos–, que forma parte integrante del nuevo sistema (...). El hecho de que dichos requisitos no pudieran cumplirse cuando se llevó a cabo la cesión –por no hallarse prevista la regulación de las empresas de trabajo temporal– lleva a la conclusión de que el régimen sancionador aplicable al caso es en su integridad el previsto en la legislación derogada”.

B) En segundo lugar, afirma, acudiendo a las llamadas “leyes temporales” reguladas por el Código Penal, que esta figura es “especialmente relevante en relación con la potestad sancionadora de las Administraciones públicas. En determinados sectores en que tiene lugar la intervención administrativa, como el social o el económico, es frecuente que la norma proyecte actuaciones para atender a situaciones coyunturales que se espera corregir o paliar con las medidas adoptadas. Éstas están llamadas a perder su vigencia cuando desaparezcan aquellas situaciones, pero requieren para su eficacia del plus de garantía que comporta el régimen administrativo sancionador. Cuando así ocurre –y considera que el caso de autos es uno de esos supuestos–, no son aplicables retroactivamente las normas posteriores más favorables que vienen a sustituirlas”.

3. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA INFRACCIÓN. CULPABILIDAD

A) Principio de personalidad de la pena: no puede sancionarse por hecho de otro

La **STSJ de Murcia de 26 de marzo de 2003**, Ar. 425, anula la sanción impuesta a un Ayuntamiento porque una sociedad mercantil, con personalidad jurídica propia aunque de capital íntegramente municipal, utilizaba frecuencias radioeléctricas sin licencia.

B) Dolo y culpa; dolo eventual y culpa consciente

–Un juez fue sancionado por “retraso injustificado en la iniciación o en la tramitación de los procesos o causas de que conozca el Juez o Magistrado en el ejercicio de su función”. La **STS de 7 de febrero de 2003**, Sección Séptima, Ar. 2481, anula la sanción. Para ello, afirma que “el elemento subjetivo de culpabilidad resulta imprescindible en toda infrac-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

ción disciplinaria” de modo que, para que se pueda sancionar la del caso, debe resultar “inequívocamente demostrado que el puro retraso o mera inobservancia temporal es solamente imputable a la pasividad intencional o al descuido del Juez”. Se admite, pues, la comisión dolosa y culposa. El sancionado alegaba “no haber tenido conocimiento del estado del asunto” y la sentencia, sin una justificación suficiente, acoge tal alegación por tratarse de un Juzgado con sobrecarga de trabajo:

“esa imputabilidad al Juez, cuando se trate de órganos que soportan una carga de asuntos que rebasa los módulos normales, exigirá que quede claramente demostrado que tuvo un conocimiento singularizado de las particulares circunstancias del asunto (...) así como que, a pesar de ello, continuó sin despacharlo (...). Debió dejarse constancia de si el Magistrado sancionado tuvo efectivo conocimiento singularizado del asunto en que se produjo el retraso y de si, a pesar de ello, consistió y toleró su situación”.

Pero esto, obviamente, es exigir dolo y no admitir la comisión culposa. Más correcto habría sido exigir que el juez tuviera o pudiera haber tenido, empleando la dedicación y diligencia que le es exigible, conocimiento del retraso. El exceso de asuntos de algunos Juzgados podrá servir para afirmar que el Juez, ni siquiera empleando toda la diligencia que le era exigible, pudo conocer y solventar el retraso de un asunto. Pero lo que no es correcto es que el Juez quede impune en todo caso en que desconozca el retraso de un asunto, incluso cuando ese desconocimiento revele, precisamente, su negligencia.

– Se había sancionado por una infracción de la Ley del Mercado de Valores: “el desarrollo de prácticas dirigidas a falsear la libre formación de los precios en el mercado”. Según el sancionado, el tipo, al exigir que las prácticas estén precisamente dirigidas a ese fin, sólo puede realizarse “de modo doloso o fraudulento”. La STS de 3 de marzo de 2003, Sección Tercera, Ar. 2621, afirma:

“tal tenor literal y, más en concreto, el vocablo ‘dirigidas’: a) no impide, desde luego, apreciar aquella infracción en presencia de cualesquiera clases de dolo conocidas en la dogmática penal, ni, por tanto, en presencia de un dolo eventual en el que, siendo otra la finalidad última perseguida, el autor se representa como cierta la producción del resultado prohibido en las normas y lo acepta; y b) ni tampoco debe impedirlo en presencia de una culpa consciente en que el autor, por la idoneidad objetiva de las prácticas para producir aquel resultado, es consciente de la probabilidad de su producción. Esta última afirmación puede ser más cuestionable, pero la singular cualificación de las personas físicas que administran o dirigen las entidades de que se trata lleva a presumir que su preparación les permite detectar las consecuencias probables de las prácticas que tales entidades desarrollan haciéndolas responsables, tanto si aceptan la producción de tales consecuencias como si no adoptan las previsiones necesarias para evitarlas en el caso de que tales prácticas sean objetivamente idóneas para producirlas”.

C) El error invencible exime de culpa

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 26 de diciembre de 2002, Ar. 491 de 2003, afirma que un error informático por el que se omite un dígito en una autoliquidación

tributaria (así, en la base imponible del IVA se consigna 368.444 ptas. en lugar de 3.868.444) de una pequeña empresa familiar no puede ser constitutivo de sanción, pues se trata de un simple error de hecho de carácter invencible y excluyente, por tanto, de culpabilidad. Para apoyar su argumentación recurre al escaso nivel de conocimiento del infractor, a la buena fe, demostrada en la corrección de los datos entregados en anteriores declaraciones (lo que permitió a la Administración, al cruzarlos con los ahora presentados, descubrir el error) y a la traslación de la teoría de la corrección de errores materiales en el procedimiento administrativo, permitida cuando no se suscite ninguna duda de su carácter aritmético o material.

4. CONCURRENCIA DE INFRACCIONES Y *NON BIS IN IDEM*

A) Concurso ideal de infracciones

En una subasta de aceite por un organismo público a la que concurrieron varias empresas, todas ellas realizaron ofertas idénticas al céntimo por kilogramo de producto pero cada una sobre un lote distinto, de manera que no hubiera dos ofertas sobre el mismo lote. La **STS de 15 de julio de 2002**, Sección Tercera, Ar. 2320 de 2003, considera que hay dos infracciones distintas (de una parte, un acuerdo para la fijación de precios y, de otra, el reparto del mercado, cada una de ellas tipificada separadamente en la Ley de Defensa de la Competencia) y que ambas pueden sancionarse, pues “nada impide que un mismo hecho sea susceptible de integrar dos infracciones en concurso”.

Por su parte, la **STS de 17 de febrero de 2003**, Sección Segunda, Ar. 2715, entiende que concurre un concurso ideal de infracciones ya que “la infracción consistente en la indebida acreditación de partidas a compensar en la cuota (tributaria) (...) estaba ya comprendida en la sanción más grave impuesta (...) por haber dejado de ingresar la deuda tributaria derivada de la mencionada diferencia entre bases”. No obstante, a nuestro juicio, el supuesto se encuentra más próximo al concurso de normas, donde uno de los tipos desplaza al otro.

B) Concurso real de infracciones

De la **STS de 27 de febrero de 2003**, Sección Tercera, Ar. 2518, se deduce que si se pudo cometer una infracción sin realizar la otra, hay concurso de infracciones y cada una de ellas debe ser sancionada. Se sancionó por la comisión de varias infracciones de la Ley del Mercado de Valores, entre ellas, la del art. 99.k) –reducción de los recursos propios de la entidad a un nivel inferior al 80 por ciento del mínimo exigible durante seis meses– y la del art. 100.g) –incumplimiento del coeficiente de liquidez. No se considera que se esté vulnerando el *non bis in idem* porque el “incumplimiento de la obligación de mantener unos determinados recursos propios resulta independiente, en principio, de que se respeten o no los obligados coeficientes de liquidez”; no se alcanza a saber “por qué una

VII. Derecho Administrativo Sancionador

entidad financiera no podría mantener éstos aun cuando sus recursos propios fueran inferiores a los legalmente exigibles o viceversa”.

C) Infracción permanente

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 de abril de 2002, Ar. 943 de 2003, considera infracción permanente la extracción en suelo clasificado como rústico de tierra vegetal para el cultivo, sin contar con las preceptivas autorizaciones administrativas. Y ello porque el infractor continuó con su actividad tras la presentación de la denuncia e incluso después del precinto de la obra.

D) Vertiente procedimental del *non bis in idem*: no es nula la sanción dictada antes de la sentencia penal sobre el mismo asunto si esta última es absolutoria

Iniciado un procedimiento administrativo sancionador, se acordó su suspensión por haberse trasladado los hechos al Ministerio Fiscal para depurar una posible responsabilidad penal. No obstante, antes de la sentencia penal, se alzó la suspensión y se dictó la resolución sancionadora, frente a lo que se alegó vulneración del principio *non bis in idem*. No está de acuerdo la STSJ de Galicia de 15 de mayo de 2002, Ar. 1083 de 2003, que estima, por el contrario, que al producirse posteriormente fallo penal absolutorio “queda salvaguardada la finalidad esencial que anima el principio invocado por la recurrente por el que se repudia la compatibilidad del ejercicio del *ius puniendi* del Estado y la potestad sancionadora de las instancias administrativas”.

5. COMPETENCIA SANCIONADORA

A) Competencia territorial: en materia de transportes terrestres la determina el lugar de comisión de la infracción, con independencia del lugar de matriculación del vehículo

Así lo afirma la STSJ de Navarra de 11 de julio de 2002, Ar. 950 de 2003, que anula la sanción impuesta por la Comunidad Foral de Navarra a un vehículo con matrícula de Navarra por cometer una infracción de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre en territorio vasco. No obstante, debe mencionarse que, en el caso, se alegaba un pretendido acuerdo en este sentido entre la Diputación Foral de Navarra y la de Álava. Respecto a este acuerdo, cuya existencia no llega a probarse, la sentencia también niega que, en caso de existir, tuviera validez alguna.

B) El órgano resolutor puede participar en las actuaciones previas. Lo esencial es que si instruye no decida

La SAN de 19 de septiembre de 2001, Sección Sexta, Ar. 935 de 2003, analiza la posible vulneración en el procedimiento administrativo sancionador del derecho al juez imparcial, por la participación del órgano decisor que impuso la sanción, en la realización de un control técnico dirigido a determinar si resultaba procedente o no la incoación misma del expediente. El Tribunal considera que dado que el control técnico se limita a realizar las averiguaciones necesarias, sin realizar ningún acto que suponga la

emisión de un prejuicio sobre la culpabilidad o no del infractor, puede asimilarse a lo que se denominan “actuaciones previas” que no forman parte del procedimiento. En definitiva, siguiendo la doctrina de la STEDH de 22 de abril de 1994, asunto Saraiva de Carvalho contra Portugal, “se admite la actuación de un mismo juez en un mismo proceso en fases o actuaciones diferentes (...), sólo en el supuesto de que se hayan realizado actos de instrucción o acusación y de resolución existe violación del derecho invocado, lo que no ocurre en el presente caso”.

6. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Consecuencias invalidantes o no de los vicios de procedimiento

– Los vicios formales sólo tienen relevancia invalidante cuando generan indefensión material, o sea, “cuando son causantes de un perjuicio real y efectivo, esto es, de una merma definitiva de la posibilidad de alegar, contradecir y probar” (STC 159/2003, de 15 de septiembre, Sala Segunda, recurso de amparo).

– Problema específico es si los vicios de procedimiento que causaron inicialmente indefensión devienen no invalidantes si el sancionado pudo utilizar posteriormente –ya sea en un recurso administrativo ya sea en el contencioso-administrativo– los medios de defensa de los que antes fue privado. La STS de 16 de julio de 2002, Sección Tercera, Ar. 2321 de 2003, ante un supuesto en que la Administración negó la práctica de una prueba pericial propuesta y pertinente, sigue la jurisprudencia según la cual el defecto se convierte en una irregularidad no invalidante cuando en el posterior recurso contencioso-administrativo se permitió plenamente la defensa practicándose tal prueba.

B) Actuaciones previas y derecho a conocer la acusación

Según la STS de 27 de febrero de 2003, Sección Tercera, Ar. 2518, el derecho a conocer la acusación sólo surge “cuando el expediente lo permita por haber llegado a un momento en que las imputaciones puedan ya formularse con fundamento sólido. En el inicio de las actuaciones del expediente no siempre resultará posible determinar contra quién se dirigirán ulteriormente las acusaciones, de modo que los sucesivos trámites pueden continuarse sin la notificación de los cargos que tendrán, más adelante, su momento procesal oportuno”.

C) Derecho a no declarar contra sí mismo

Conectado con el anterior derecho a conocer la acusación, aparece este otro en la misma STS de 27 de febrero de 2003, Sección Tercera, Ar. 2518. En el caso, quien había sido Presidente del Consejo de Administración de una sociedad de valores colaboró con la Administración en el descubrimiento de infracciones de la sociedad por las que después fue sancionado él mismo, además de aquélla. Alegó que no había conocido la acusación

VII. Derecho Administrativo Sancionador

contra él y que “por no haber sido informado desde el primer momento proporcionó a los instructores del expediente, con quienes colaboró activamente, datos que más tarde servirían para acusarle de las infracciones por las que fue sancionado”. Para la sentencia, el alegato del recurrente “incorpora sin los debidos matices exigencias propias de los procesos penales a los expedientes administrativos sancionadores” y entiende que no se vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo por el hecho de que el infractor haga declaraciones autoinculpatorias antes de que se formule la acusación contra él en la fase de investigaciones previas y cuando todavía no se sabía contra quién se dirigiría el expediente:

“Otra cosa sería que la Administración dilatase injustificada o irrazonablemente el momento de formular la acusación cuando tiene ya todos los elementos de juicio para sustentarla. Si tal dilación se produjera precisamente para lograr, antes de la formulación del pliego de cargos, (que) quien ignora su condición de acusado administrativo preste una declaración que no prestaría de conocer dicha circunstancia (...) podría resultar eventualmente afectado el derecho que todos tienen a no declarar contra sí mismos.”

Si así fuera, la consecuencia sería “la irrelevancia de la declaración así obtenida, pero no necesariamente la invalidez de la decisión final sancionadora cuando ésta venga sustentada por otros elementos objetivos de prueba (...) independientes de la declaración supuestamente autoincriminatoria. La imposibilidad, en términos jurídicos, de utilizar semejante declaración no obstaría a la validez del resto de las pruebas” [vid. sobre esto último epígrafe VII.7.B)].

D) Legitimación del denunciante

– De nuevo, numerosas sentencias se ocupan de esta cuestión en relación con la exigencia de responsabilidad disciplinaria a los jueces.

Por lo pronto, se mantiene la distinción entre aquellos supuestos en los que sólo se pide una investigación de la conducta denunciada que el CGPJ no realizó y aquellos otros en los que el particular pretende la imposición de una sanción o, cuando menos, la apertura del expediente disciplinario. La distinción se observa muy claramente en la **STS de 10 de abril de 2003**, Sección Séptima, Ar. 3699: “esta Sala viene declarando reiteradamente tal falta de legitimación de los denunciantes cuando la única pretensión ejercitada es la de imposición de una sanción disciplinaria, pero la reconoce cuando lo perseguido es que el CGPJ practique una actividad investigadora a la que venía obligado”. También aparece meridianamente en la **STS de 10 de marzo de 2003**, Sección Séptima, Ar. 3065.

Para el primer caso, el TS tiende a admitir la legitimación y a condenar a que, al menos, se practiquen las averiguaciones pertinentes. Como mínimo, parece reconocerse al denunciante derecho “a que se dé a su denuncia el tratamiento ajustado al ordenamiento jurídico” (**STS de 10 de marzo de 2003**, Sección Séptima, Ar. 3064), a que reciba una respuesta razonada y tras unas diligencias que la justifiquen (**SSTS de 10 de marzo y de 19 de mayo de 2003**, Sección Séptima, Ar. 3065 y 3909).

Para el segundo, como regla general, con muy pocas excepciones, se niega la legitimación del denunciante para recurrir en vía administrativa y contencioso-administrativa las decisiones del CGPJ sobre archivo de tales expedientes por inexistencia de un interés legítimo en la imposición de una sanción, pues la situación jurídica del denunciante-recurrente no experimenta ventaja alguna por el hecho de que se sancione al Juez denunciado (**SSTS de 24 de febrero de 2003**, Ars. 2399 y 2401, **de 28 de febrero de 2003**, Ar. 2722, **de 4, 17, 18 y 25 de marzo de 2003**, Ar. 2733, Ar. 3026, Ar. 3068, Ar. 2928, **de 8 de abril de 2003**, Ar. 3685, y **de 27 de mayo de 2003**, Ar. 3986, todas de la Sección Séptima). Algunas de estas SSTs añaden un segundo argumento: invocan el art. 423.2 LOPJ, que niega al denunciante la posibilidad de impugnar en vía administrativa la resolución de archivo o la final pero no la de impugnarlas directamente en el contencioso-administrativo (posibilidad esta que queda aun más clara en el art. 425.8 de la misma LOPJ). Esto es capital en la **STS de 21 de febrero de 2003**, Sección Séptima, Ar. 2509, que se niega a plantear cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 423.2 LOPJ porque “el derecho a un recurso administrativo previo no forma parte del derecho a una tutela judicial efectiva; (...) por esta razón la omisión de esa posibilidad no es contraria a lo establecido en el art. 24 CE, que queda debidamente atendido con la remisión que el repetido art. 423.2 LOPJ hace a la vía jurisdiccional”. Realmente, es cierto que la tutela judicial efectiva no sufre, sino todo lo contrario, por el hecho de que haya que acudir directamente al contencioso-administrativo. Lo que ya es más cuestionable es la interpretación restrictiva del TS para admitir la legitimación en el contencioso-administrativo que, según el recurrente, está “corporativamente (...) orientada a crear ámbitos de irresponsabilidad”.

Entre las escasísimas excepciones a esa regla general puede citarse la **STS de 10 de marzo de 2003**, Sección Séptima, Ar. 3064. No se razona por qué en el supuesto enjuiciado si se considera que hay legitimación ni queda del todo claro si se reconoce para pedir que “se proceda a la incoación, tramitación y resolución del procedimiento disciplinario” o, sólo, para que se tramite legalmente la denuncia, lo que podría quedar satisfecho con la simple realización de una investigación previa.

Con todo, en algunos casos, normalmente cuando el TS tiene otros argumentos para desestimar el recurso, ni siquiera se plantea la cuestión de la falta de legitimación (**SSTS de 21 de febrero de 2003**, Ar. 2394, **de 10 de marzo de 2003**, Ar. 3063, y **de 8, 11 y 14 de abril de 2003**, Ars. 3686 y 3687, 3609 y 3610, y 3823, todas ellas de la Sección Séptima).

Conviene destacar, por último, que la distinción entre una pretensión –y condena– de simple investigación y otra de apertura de un procedimiento disciplinario propiamente dicho se muestra, con frecuencia, como artificiosa. Esta idea queda patente en las **SSTS de 10 de marzo y de 19 de mayo de 2003**, Ars. 3065 y 3909, ambas de la Sección Séptima. En la primera, el TS ni siquiera tenía claro si el recurrente pedía sólo investigaciones o un procedimiento disciplinario con sanción.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

– Algo más flexibles se muestran los Tribunales cuando el expediente disciplinario no se dirige contra miembros del poder judicial. Muestra de ello es la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de enero de 2003**, Ar. 393. En este caso, el denunciante, profesor de secundaria, había sido objeto de un procedimiento sancionador sustanciado por su Director y Jefe de Estudios. Éstos fueron precisamente los hechos denunciados, por considerar que la incoación del expediente estaba exclusivamente motivada por una conducta abusiva y discriminatoria del Director. Para el Tribunal, concurre “un interés que justificaría la existencia de legitimación, pues la resolución de los expedientes disciplinarios a sustanciar por razón de sus denuncias podría producir un efecto positivo en su esfera jurídica, concretado en el prestigio que puede mantener o del que puede ser acreedor como funcionario ante unos hechos que le han sido imputados y por los que ha sido privado de parte de sus haberes, los cuales pueden quedar desvirtuados por lo que se actúe en dichos expedientes disciplinarios”.

E) La modificación de la calificación jurídica de los hechos exige nueva audiencia

STS de 15 de julio de 2002, Sección Tercera, Ar. 2320 de 2003. El TDC modificó la calificación de los hechos –que no los hechos mismos– que había realizado el instructor del Servicio de Defensa de la Competencia. Tal cambio está expresamente permitido por el art. 43 de la LDC, siempre que la nueva calificación se someta a los interesados para que formulen alegaciones. La sentencia no ve vicio alguno en ese cambio que, además, según recuerda, “ha sido después expresamente generalizado para todos los supuestos de ejercicio de la potestad sancionadora” (art. 20.3 del RPS). Además, la posibilidad de cambio de calificación jurídica de los hechos tampoco está completamente excluida en el proceso penal (art. 733 LECR), pese a lo cual la STS la presenta como una singularidad del procedimiento sancionador:

“la facultad de alterar, ‘previa audiencia de los interesados’, la calificación jurídica de los hechos por parte del órgano administrativo que finalmente ha de resolver, no tiene nada de insólito ni de contrario a los principios que inspiran el procedimiento administrativo sancionador. Tanto menos cuanto aquel órgano no tiene carácter jurisdiccional, sino meramente administrativo, extremo este que a veces no se toma en suficiente consideración pues se le exigen –de modo indebido y sin los necesarios matices– garantías que tienen sentido referidas a órganos jurisdiccionales y a procesos penales, pero no a actuaciones que son y siguen siendo meramente administrativas. No estando sujeto, pues, el Tribunal de Defensa de la Competencia a las garantías más estrictas que se requieren en los procesos penales, no rige para él de modo pleno el principio acusatorio en lo que se refiere a la tajante separación entre las funciones instructoras/acusadoras y las decisorias: el órgano que ostenta estas últimas (a fin de cuentas, integrado en la misma estructura administrativa ...) puede legítimamente valorar el material probatorio puesto a su disposición en un sentido más desfavorable para el interesado del que haya propuesto aquél. ‘Ha de oír, antes de resolver finalmente, al expedientado’, pues éste tiene derecho en todo caso a conocer la acusación –hechos imputados y su calificación– que se dirige contra él. ‘Respetada esta elemental garantía’, nada obsta al ejercicio de la facultad que estamos analizando”.

En el mismo sentido, STSJ de Galicia de 10 de julio de 2002, Ar. 376 de 2003. El requisito de la previa audiencia se exige también para cambiar la calificación jurídica de los hechos al resolver un recurso de alzada contra la resolución sancionadora originaria. Así lo declara la STSJ de Murcia de 26 de noviembre, Ar. 1015, que anula la sanción por entender que se ha producido indefensión al recurrente que hasta el momento de resolverse el recurso de alzada no pudo conocer el tipo de infracción que se aplicaba.

7. PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) La presunción de inocencia implica “la prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales”. Si tales pruebas se usan se origina una “lesión refleja” de aquel derecho fundamental

La STC 169/2003, de 29 de septiembre, Sala Segunda, entiende vulnerado un derecho fundamental del sancionado en la obtención de la prueba de cargo. En concreto, se conculcó el derecho al secreto en las comunicaciones pues, sin cumplir los requisitos necesarios (motivación, dar cuenta a la autoridad judicial, notificación al afectado, fijación de límite temporal), se interceptó la correspondencia de un preso a otro interno del mismo establecimiento en la que se insultaba a un funcionario de prisiones. Para el TC, la presunción de inocencia en el procedimiento sancionador implica “la prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (STC 9/2003, de 20 de enero, FJ 3º). Dado que el expediente disciplinario y la sanción finalmente impuesta reposan sobre una carta (la prueba de cargo) que fue intervenida lesionando (aquel) derecho fundamental (...), hemos de declarar la nulidad del expediente sancionador y la lesión refleja del derecho a la presunción de inocencia”.

B) La prueba ilícita no invalida la sanción si ésta se fundamenta en otra lícita e independiente

Ésta es la doctrina general que se desprende de la STS de 27 de febrero de 2003, Sección Tercera, Ar. 2518, que se recoge en el epígrafe VII.6.C). De esta forma se incorpora al procedimiento administrativo sancionador la reciente jurisprudencia sobre el proceso penal que matiza la clásica doctrina de “los frutos del árbol envenenado” consagrada en el art. 11.1 LOPJ.

C) Carga formal de la prueba y presunción de inocencia

—La STC 169/2003, de 29 de septiembre, Sala Segunda, da cuenta, una vez más, de la jurisprudencia tradicional que se limita a atribuir a la Administración únicamente la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción sin precisar si también corresponde a la misma la carga de probar la culpabilidad del imputado o si, por contra, está gravado este último con la prueba de la inexistencia de culpa. No obstante, encontramos

algún pronunciamiento de la jurisprudencia menor que sí aborda este problema y que se decanta por la primera solución, lo que excepciona la postura mayoritaria. Así, la **STSJ de Extremadura de 25 de julio de 2002**, Ar. 1573 de 2003, anula una sanción tributaria pues “sí se han probado las circunstancias objetivas (dejar de ingresar) pero no se han probado las circunstancias subjetivas (que quien no ha ingresado es culpable). No puede partirse de la base de que toda falta de ingreso es culpable. La culpabilidad hay que probarla caso por caso en función de las circunstancias concurrentes, esa carga recae sobre la Administración (en virtud de la presunción de inocencia) y en esta ocasión las pruebas son insuficientes”. Así, dice el Tribunal, que “el TEAR se ha limitado a rechazar genéricamente las alegaciones de la actora, sin descender al detalle con el que ella ha planteado el debate, con objeto de argumentar a favor de la ausencia de culpabilidad en su conducta. En el marco del procedimiento sancionador, la actividad instructora ha sido mínima; ha consistido, simplemente, en la incorporación a él de la documentación que se tuvo en cuenta para girar la liquidación provisional (...). Teniendo presente esa documentación se ha considerado probado que se ha producido el supuesto tipificado en la Ley como infracción grave y, asimismo, que no concurre ninguna causa de exoneración”. La sentencia critica severamente la actuación del instructor, o más bien la inexistencia de instrucción, pues la Administración no practicó prueba alguna para comprobar la veracidad de la fundada alegación de la sancionada sobre la inexistencia de culpabilidad. En conclusión, correspondía a la Administración acusadora la carga de probar esta circunstancia, *más aun si la recurrente aportó un principio de prueba de su exclusión al alegar y fundamentar con detalle la ausencia de culpa en el caso concreto* (vid., a este respecto, lo dispuesto en *Justicia Administrativa* núm. 21).

No obstante, el TS sostiene mayoritariamente la tesis opuesta. Muestra de ello es la **STS de 10 de diciembre de 2002**, Sección Séptima, Ar. 2465 de 2003. Parte de que la “inobservancia (de las normas), salvo prueba en contrario, evidencia, cuando menos, una falta de diligencia”. Y añade: “acreditada la conducta o participación que constituye el soporte de la infracción, la apreciación del requisito de la culpabilidad deriva hacia la acreditación psicológica de la imputabilidad, y dicha imputabilidad es de aceptar mientras *no conste ningún hecho o circunstancia con entidad bastante para eliminarla*”. En suma, si consta la realización de los hechos constitutivos de infracción, la culpabilidad se presume. Pero es que, además, carga con la prueba de la falta de culpa al imputado ya que cuando distingue entre hechos constitutivos de la infracción y hechos eximentes o extintivos, lo hace para gravar con la prueba de los primeros a la Administración y con la de los segundos al presunto responsable:

“por lo que se refiere a la carga probatoria en cualquier actuación punitiva, es al órgano sancionador a quien corresponde probar los hechos que hayan de servir de soporte a la posible infracción, mientras que al imputado únicamente le incumbe probar los hechos que puedan resultar excluyentes de su responsabilidad”.

Algo similar a esto último se deduce también de la **STS de 17 de marzo de 2003**, Sección Tercera, Ar. 3006, al sostener, sin mayor precisión, que “el ente que impone la sanción tiene la carga de ofrecer al Juez las pruebas de cargo que justifican el acto sancionador, pero no le incumbe a la Administración, sino al sancionado, acreditar la veracidad de los hechos ofrecidos como descargo”.

—Algunas sentencias matizan las reglas generales sobre distribución de la carga formal de la prueba aplicando el principio de disponibilidad y facilidad probatoria. Es lo que late en la **STS de 10 de marzo 2003**, Sección Tercera, Ar. 3019. Telecinco, SA, había sido sancionada por el incumplimiento de los límites de emisión de espacios publicitarios. En el recurso contencioso-administrativo había alegado que la Administración computó como tales los tiempos de televenta y otras formas de publicidad distintas de los spots, lo que es negado por la Administración. El Tribunal *a quo* afirma que “esto no lo ha probado la Empresa aunque podía hacerlo pues conoce la programación de cada día y hora de emisión y podía haber rebatido con datos concretos, en cada caso, las imputaciones que se le hacían desvirtuándolas”. Lo mismo subyace en la **STS de 8 de marzo de 2003**, Sección Segunda, Ar. 3764: “era la parte, y no la Administración, la que debía haber acreditado —y bien fácil le hubiera sido con una simple certificación del banco depositario— el importe definitivo de la retribución financiera de sus saldos”.

D) Carga material de la prueba: la duda originada por la falta de prueba o por la insuficiencia de la practicada favorece siempre al imputado

Ello se deduce de la STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de octubre de 2002, Ar. 449 de 2003, cuando afirma que la duda razonable sobre la tipicidad o reprochabilidad de la conducta impiden a la Administración imponer una sanción.

E) Las actuaciones inspectoras pueden constituir prueba de cargo en vía judicial

Así lo declara la **STS de 17 de marzo de 2003**, Sección Tercera, Ar. 3006, según la cual las actas de inspección pueden “servir de base para destruir la presunción de inocencia, sin necesidad de reiterar en esta vía la actividad probatoria de cargo practicada en el expediente administrativo”.

F) Pruebas procedentes de otros expedientes: se aceptan si el imputado también fue parte en ellos

El sancionado alegaba indefensión por la utilización de pruebas y datos procedentes de otros expedientes abiertos a otras personas. La **STS de 3 de marzo de 2003**, Sección Tercera, Ar. 2621, rechaza esta alegación porque “la propia organización del Grupo Ibercorp y las distintas y variadas infracciones cometidas ha exigido la sustanciación de distintos procesos civiles, penales y procedimientos administrativos en los que ha sido parte (en el sentido procesal del término) el hoy actor. Ello ha exigido que determinadas pruebas practicadas en procedimientos administrativos instruidos por la CNMV se hayan incorporado a otros: en cada caso el Señor C era parte en el expediente por lo que no puede alegar indefensión ni pretender que se ignoren hechos que se han probado, con contradicción, en otros expedientes seguidos contra él mismo como administrador de empresas de Grupo”. Parece que, a contrario, puede deducirse que si el sancionado no hubiera sido parte en aquellos otros procedimientos no podrían traerse como prueba de cargo en el que se siga contra él. Pero la sentencia no llega a decirlo y tal vez sea una conclusión necesitada de muchos matices.

G) La de presunciones como prueba de cargo

La admite, declarando su compatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia, la STS de 15 de julio de 2002, Sección Tercera, Ar. 2320 de 2003, referida a infracciones contrarias a la competencia. En el caso se trataba de una subasta de aceite por un organismo público a la que concurrieron varias empresas, todas ellas haciendo ofertas idénticas al céntimo por kilogramo de producto pero cada una sobre un lote distinto. Para la sentencia esto no se puede explicar “por la casualidad o el azar” y aunque no puede excluirse que la uniformidad de las ofertas “tenga otra explicación distinta de la previa concertación”, los imputados tendrían que aportar esa explicación satisfactoria y verosímil, lo que no habían hecho.

Por su parte, la STSJ de Galicia de 10 de julio de 2002, Ar. 376 de 2003, también la acepta para identificar al infractor a través del testimonio de agentes del Servicio de Medio Ambiente Natural. Afirma el Tribunal que “la deducción de la acción de cazar es lógica partiendo de los datos (...) que los agentes manifiestan”: haber oído un disparo y, sin que hubiera por las cercanías ninguna otra persona, ver al recurrente acostado encima de una peña con la escopeta y en compañía de perros. “Existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre los hechos constatados y aquel que se deduce”.

H) Valor probatorio de los informes de las entidades privadas que colaboran con la Administración

Aborda la STSJ de Cataluña de 25 de junio de 2002, Ar. 1019 de 2003, el valor de los informes realizados por una entidad colaboradora de la Administración o establecimiento técnico auxiliar que tomó y analizó las muestras que sirvieron luego para imponer una sanción por vertidos efectuados sin autorización. Aclara el Tribunal que si bien el personal de tales entidades carece de la condición de funcionario público o autoridad, su “cualificación técnica y objetividad” “constituyen garantía suficiente” para poder valorar sus informes “en todo caso como medio de prueba”.

I) Es necesario probar que existen dudas razonables sobre la interpretación de normas por quien la alega

STS de 10 de diciembre de 2002, Sección Séptima, Ar. 2465 de 2003. Se plantea la cuestión de la falta de culpabilidad por haber seguido una interpretación razonable, aunque equivocada, de las Normas Técnicas de Auditoría. El TS acepta esta doctrina pero no la aplica porque el imputado que la alega no ha probado su existencia:

“se intenta suscitar una cuestión eminentemente técnica, pero no jurídica, cuya solución sólo es posible desde los conocimientos de la rama del saber económico especializado (...). Por lo cual no bastan las alegaciones de parte para aceptar la existencia de dudas que deban ser consideradas como razonadas y razonables (...). Habría sido preciso que hubieran ido acompañadas (...) de prueba que demostrara que en el sector especializado de conocimientos esas pretendidas divergencias son aceptadas como duda por importantes o amplias corrientes de opinión”.

8. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) La falta de resolución sancionadora no es subsanable por la resolución del recurso de alzada confirmatorio

La STSJ de Murcia de 26 de noviembre, Ar. 1015, tras poner de manifiesto que no consta en el expediente la resolución sancionadora, sino tan sólo un oficio de comunicación de la sanción al interesado, en el que no se recoge la Autoridad que ha dictado la resolución ni si fue dictada por delegación, declara que no puede considerarse como existente la resolución sancionadora, ni que este vicio quede subsanado por la resolución del correspondiente recurso de alzada.

B) Exigencias de motivación ligadas al principio de legalidad: debe expresar el precepto con rango de Ley en que se basa la sanción

STC 161/2003, de 15 de septiembre, recurso de amparo. La resolución administrativa había impuesto la sanción invocando sólo una norma reglamentaria –Ordenanza local– y, aun admitiendo la posibilidad de que tuvieran también una base legal –como, en efecto, buscaron y encontraron las sentencias contencioso-administrativas que confirmaron aquella–, se considera que ello debía haberse hecho constar en la resolución administrativa:

“el derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), en relación con el principio de seguridad jurídica también garantizado constitucionalmente (art. 9.3 CE), exige que cuando la Administración ejerce la potestad sancionadora sea la propia resolución administrativa que pone fin al procedimiento la que, como parte de su motivación [la impuesta por los arts. 54.1.a) y 138.1 de la Ley (30/1992) (...)], identifique expresamente o, al menos, de forma implícita el fundamento legal de la sanción. Sólo así puede conocer el ciudadano en virtud de qué concretas normas con rango legal se le sanciona (...) a cuya identificación directa o razonablemente sencilla el sancionado tiene un derecho que se deriva del art. 25 CE”.

Nótese que, para la sentencia, la falta de identificación por la resolución administrativa del precepto con rango de ley en que se base la sanción no es una simple falta de motivación o un defecto formal que cause indefensión, sino que lo conecta directamente con el art. 25.1 CE y concluye: “la resolución administrativa impugnada vulneró el principio de legalidad sancionadora garantizado en el art. 25.1 CE”. Esto lo declara así de tajante sin entrar, todavía, a discernir si había o no una Ley en que apoyar la sanción: el simple hecho de que la resolución administrativa no la citara y se apoyara sólo en un precepto reglamentario le basta para considerar vulnerado el principio de legalidad. Tal conclusión es novedosa y, cuanto menos, discutible. Bien podría decirse en sentido contrario que tal principio sólo se vulnera cuando se impone una sanción sin que exista una Ley que, respetando las exigencias de tipicidad, la justifique; el que esa Ley no se cite en la resolución sancionadora sería sólo un defecto de falta de motivación que, en su caso, podría considerarse vulnerador de otros derechos (a conocer la acusación, de defensa, a la tutela judicial efectiva,...).

VII. Derecho Administrativo Sancionador

C) La falta de concreción en la resolución sancionadora de la infracción cometida determina la anulación de la sanción

Entiende la STSJ de Andalucía (Granada) de 3 de febrero de 2003, Ar. 617, que el art. 79 LGT, mencionado por la resolución, tipifica hasta cinco conductas diferentes susceptibles de ser constitutivas de una infracción tributaria grave. Sin embargo, la resolución sancionadora no especifica a cuál de ellas se refiere la conducta ilícita detectada “por lo que su falta de determinación equivale a la ausencia de tipificación del ilícito referido, lo que es determinante para la anulación del referido expediente sancionador”.

9. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN

A) La motivación como contrapeso a un margen de discrecionalidad del órgano sancionador para fijar la extensión de la sanción. Matizaciones

Así lo afirma, en el ámbito de la defensa de la competencia, la STS de 6 de marzo de 2003, Sección Tercera, Ar. 3021. Por el contrario, con un planteamiento inicialmente similar y en el mismo ámbito, la STS de 15 de julio de 2002, Sección Tercera, Ar. 2320 de 2003, reconoce que la resolución administrativa no concreta cuál o cuáles de los criterios legales le han llevado a imponer la multa en la cuantía en que lo ha hecho y que “hubiera sido conveniente precisar algo más cada uno de aquellos factores y qué incidencia tenían en la fijación del quantum final”, que “debió tener más precisión en los elementos determinantes de la cuantificación de la multa”. Pero nada de ello lleva a anular la resolución sancionadora. Quizá esta solución esté en el fondo condicionada por el hecho de que la multa era sólo de siete millones de pesetas (frente a los 124 millones de la primera) y que había sido impuesta por el TDC. Normalmente, cuando la sanción acordada se aproxima más al límite máximo previsto legalmente y es impuesta por un órgano administrativo ordinario, el TS exige más rigurosamente la motivación.

B) Basta la firmeza en vía administrativa de anteriores sanciones para la agravación de la responsabilidad ante una nueva infracción

En la mayoría de los casos, la comisión de anteriores infracciones comporta una agravación de la sanción correspondiente a la infracción cometida con posterioridad, pero sin alterar el tipo aplicable. En otros, las Leyes prevén incluso una nueva infracción de mayor gravedad. Es esto último lo que ocurre en un precepto de la LOPJ que tipifica como infracción grave “la comisión de una falta de carácter leve habiendo sido sancionado anteriormente por resolución firme por otras dos leves”. La duda está en si debe exigirse sólo firmeza en vía administrativa o si es necesaria la jurisdiccional. La STS de 11 de marzo de 2003, Sección Séptima, Ar. 2656, se pronuncia claramente por la primera solución. Su razonamiento se puede trasladar también a otros supuestos, incluidos aquellos en que la reincidencia es sólo una circunstancia normal para determinar la extensión de la sanción procedente sin alterar la calificación de la responsabilidad.

“la exigencia de la firmeza administrativa para la aplicación del tipo antes descrito no es sino una consecuencia más del tipo de firmeza que se exige para la ejecutividad de las sanciones (...) En el ámbito penal (se exige) la existencia de una sentencia firme, mas no en el administrativo. En éste, por efecto del principio de autotutela administrativa, basta que el acto sancionador haya adquirido firmeza en vía administrativa para que sea ejecutivo, aun cuando pueda hallarse pendiente un recurso contencioso-administrativo en el que no se haya acordado una medida cautelar de suspensión (art. 138.3 de la Ley 30/1992). En la Ley 30/1992 se emplea la expresión ‘firmes’ refiriéndose preferentemente, cuando de una resolución administrativa se trata, a la imposibilidad de interponer contra ella recursos administrativos ordinarios y, por ende, contemplando sólo la firmeza en vía administrativa y no la firmeza en vía jurisdiccional”.

Con todo, esta solución es discutible, especialmente, como era el caso, cuando había pendientes recursos contencioso-administrativos que, de ser estimados, obligarían a revisar las resoluciones en que se hubiera apreciado la agravación. No obstante, también es cierto que la interpretación contraria, en muchas ocasiones, dejaría prácticamente inoperante este supuesto de agravación.

C) Los criterios para su graduación han de referirse al momento de la comisión

Ante una sanción al grupo Torras en la que en su determinación se tomó como criterio la cifra de recursos propios, la entidad sancionada alegó que se debía haber tomado la del ejercicio económico en el que se impuso la sanción y no la de aquél en el que se cometió la infracción. La **STS de 11 de marzo de 2003**, Sección Tercera, Ar. 3616, por el contrario, estima que “se aviene mejor a los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad de la sanción y proscripción de las conductas fraudulentas, y no conculca los criterios de interpretación de las normas jurídicas, que la cifra de recursos propios (...) para aplicar a ella el porcentaje determinante de la cuantía de la multa, lo sea la existente en el ejercicio en que se cometió la infracción”.

D) La extensión de la sanción en el concurso ideal

La **STS de 17 de febrero de 2003**, Sección Segunda, Ar. 2715, reitera “el principio (...) de que, en los casos de concurso ideal de infracciones no puede imponerse más que la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida”.

10. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN: SU CÓMPUTO EN LAS INFRACCIONES PERMANENTES

La **STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 de abril de 2002**, Ar. 943 de 2003, afirma que el *dies a quo* del plazo de prescripción no es el día de la denuncia, dado que “un supuesto de hecho como el presente (...) resulta equiparable a los denominados delitos permanentes en los que no se inicia el cómputo del término de prescripción hasta que haya finalizado el comportamiento infractor” añadiendo que “ello es así porque en este tipo

VII. Derecho Administrativo Sancionador

de infracciones el cúmulo de acciones en que se desarrollan deben reputarse vigentes y plenamente actuales, con todo lo que ello lleva aparejado, mientras el sujeto, por propia mano, sigue procediendo del mismo modo, por lo que no es lícito dar entrada a esta causa extintiva de la responsabilidad desde el punto en que la infracción persiste inalterable”.

11. CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LAS SANCIONES

A) Las sentencias contencioso-administrativas no pueden reconstruir la sanción impuesta buscándole fundamentos que la Administración no dio

La resolución administrativa no indicaba en qué preceptos con rango de ley se basaba la sanción. Sólo invocaba una norma reglamentaria (Ordenanza local) que era insuficiente para justificar por sí sola la sanción y fueron los órganos judiciales los que, sin que ni siquiera lo alegara la Administración demandada, buscaron fundamento en una Ley, en concreto en la de Ordenación de los Transportes Terrestres. La **STC 161/2003, de 15 de septiembre**, recurso de amparo, no admite esta actuación jurisdiccional:

“es a la Administración a la que está atribuida la competencia sancionadora y (...) a los órganos judiciales corresponde controlar la legalidad del ejercicio de esas competencias por la Administración. No es función de los jueces y tribunales reconstruir la sanción impuesta por la Administración (...) mediante la búsqueda de oficio de preceptos legales bajo los que puedan subsumirse los hechos declarados por la Administración.

En el ámbito administrativo sancionador corresponde a la Administración (...) la completa realización del primer proceso de aplicación de las normas (que debe ser reconducible a una con rango de ley que cumpla con las exigencias materiales del art. 25.1 CE), lo que implica la completa realización del denominado silogismo de determinación de la consecuencia jurídica (...) El órgano judicial puede controlar posteriormente la corrección de ese proceso realizado por la Administración, pero no puede llevar a cabo por sí mismo la subsunción bajo preceptos legales encontrados por él, y que la Administración no había identificado expresa o tácitamente, con el objeto de mantener la sanción impuesta tras su declaración de conformidad a Derecho. De esta forma, el juez no revisaría la legalidad del ejercicio de la potestad sancionadora sino que, más bien, lo completaría.

(...) corresponde a la Administración identificar (...) el fundamento legal de la sanción (...) No puede servir de cobertura a la sanción una ley que, sólo en un juicio realizado *a posteriori*, un órgano judicial, con desconocimiento de las exigencias del principio de seguridad, ha considerado aplicable a los hechos que se declararon probados por la Administración”.

Salvo esa alusión al principio de seguridad, no queda muy claro el fundamento constitucional que se da a esta prohibición impuesta a los órganos judiciales que en algo recuerda al carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y que quizá pudiera buscarse en el derecho de defensa o en el derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo hizo la **STC 133/1999, de 15 de julio** (Justicia Administrativa, núm. 6, VII, págs. 145 y

146) a la que la sentencia comentada cita. En cualquier caso, la sentencia deja abierta ciertas cuestiones cuando afirma:

“No es preciso, sin embargo, pronunciarse con carácter general sobre las posibles correcciones que, en virtud del principio *iura novit curia*, puede introducir el órgano judicial en el proceso de aplicación de la ley llevado a cabo por la Administración en el ejercicio de la potestad sancionadora.”

B) El juez no puede apreciar de oficio la violación del principio de proporcionalidad en la sanción administrativa

La STSJ de Madrid de 30 de enero de 2002, Ar. 975 de 2003, se ocupa de un caso de imposición de sanción administrativa por quebrantamiento de una sanción anterior. El incumplimiento de la sanción, impuesta al presidente de un Club de fútbol y consistente en dos años de inhabilitación, se produjo por la asistencia del sancionado a tres Asambleas Generales de la Liga Nacional de Fútbol Profesional, dos de ellas antes de que la sanción fuera firme en vía administrativa. La sentencia reconoce la posibilidad de una doble interpretación de la normativa aplicable, tanto a favor como en contra de la suspensión de la sanción hasta que fuera firme en la vía administrativa. No obstante, termina considerando intrascendente la resolución de dicha cuestión, dado que el recurrente quebrantó la sanción incluso cuando devino firme en vía administrativa “lo que impide, al no demandar violación del principio de proporcionalidad, la estimación de su pretensión”. Se deduce, a contrario, que, quizás, de haber demandado dicha violación, el fallo del tribunal hubiera sido otro, pues el quebrantamiento de la sanción se habría producido una sola vez y no tres.

C) La jurisdicción contencioso-administrativa no puede imponer una sanción disciplinaria cuando la Administración acordó la no incoación del expediente

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de enero de 2003, Ar. 393, declara que “la potestad disciplinaria corresponde en su ejercicio a la Administración y su revisión a los Tribunales, quienes en modo alguno pueden sustituir a aquella en dicho ejercicio; por eso jamás cabría estimar el pedimento de imposición de sanciones postulado en el suplico de la demanda cuando lo revisado aquí ha sido una resolución que acuerda la no incoación de un expediente disciplinario, que no la terminación de uno previamente instruido”.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO
MANUEL REBOLLO PUIG
ANTONIO M^a. BUENO ARMIJO

VIII. **EXPROPIACIÓN FORZOSA****Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Garantía patrimonial. A) Configuración de la potestad expropiatoria como potestad reglada en los supuestos de no alcanzarse un acuerdo indemnizatorio con los propietarios que sufran limitaciones especialmente intensas en su derecho de propiedad: doctrina general sobre la aplicación del régimen especial expropiatorio de la Ley 91/1978 del Parque de Doñana. **3. Sujetos de la expropiación.**

A) Consideración de titular dominical a quien resulta serlo con carácter prejudicial, sin necesidad de dejar su pretensión pendiente hasta que se pronuncie la jurisdicción civil.

4. Procedimiento expropiatorio. A) Nulidad de un acuerdo de necesidad de ocupación por inexistencia de información previa a los interesados. Improcedencia de subsanar el vicio originario mediante la elaboración de un nuevo expediente una vez que la obra ya se ha ejecutado: se trataría de un mero intento de evitar la ejecución de la sentencia anulatoria en sus propios términos determinando la preceptiva indemnización de daños y perjuicios. B) Efectos no invalidantes del incumplimiento de los requisitos de personación del Alcalde o delegado municipal y del perito para levantar el acta previa de ocupación a la que se refiere el artículo 53.2 de la LEF. C) Naturaleza jurídica del acuerdo de declaración de la urgente ocupación: no es una disposición general, por lo que su eficacia está supeditada a los requisitos de notificación y publicación de los artículos 58 y siguientes de la Ley 30/1992. **5. Determinación del justiprecio.** A) Valoración expropiatoria de suelo urbano destinado a sistemas generales: improcedencia de la deducción de los costes de urbanización en el justiprecio hallado por el método residual e improcedencia de deducir las cesiones obligatorias en actuaciones asistemáticas.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Comentamos, en esta ocasión, la jurisprudencia más destacada de los dos primeros trimestres de 2003, período en el que no se han producido pronunciamientos que sienten doctrina realmente novedosa. Acaso merece resaltarse la sentencia que se comenta en relación a los sujetos de la expropiación, que se pronuncia sobre el alcance del conoci-

miento prejudicial en sede contencioso-administrativa de las cuestiones relativas a la titularidad de los terrenos expropiados, afirmando la competencia de este orden jurisdiccional en tanto que la naturaleza y titularidad del dominio constituye un presupuesto *sine qua non* para decidir la cuestión administrativa que constituye el fondo del asunto. También es de interés una sentencia que se reseña en relación al procedimiento expropiatorio en la que se razona la improcedencia de subsanar el vicio de falta de audiencia a los interesados mediante la elaboración de un nuevo expediente una vez que la obra ya se ha ejecutado; y, asimismo, una sentencia relativa a la valoración del suelo urbano destinado a sistemas generales en la que se declara la improcedencia de la deducción de los costes de urbanización en el justiprecio hallado por el método residual y la improcedencia de deducir las cesiones obligatorias en actuaciones asistemáticas. Ambos pronunciamientos cuentan con votos particulares cuyo alto interés discursivo ha aconsejado un comentario largo y detallado de los mismos.

2. GARANTÍA PATRIMONIAL

A) Configuración de la potestad expropiatoria como potestad reglada en los supuestos de no alcanzarse un acuerdo indemnizatorio con los propietarios que sufran limitaciones especialmente intensas en su derecho de propiedad: doctrina general sobre la aplicación del régimen especial expropiatorio de la Ley 91/1978 del Parque de Doñana

El régimen jurídico especial diseñado por la Ley 91/1978, de 28 de diciembre, para el Parque de Doñana (desarrollada por el RD 1772/1991, que aprobó el Plan Rector de uso y gestión del Parque), prevé la posibilidad de que el Gobierno pueda “adoptar las medidas y habilitar los medios necesarios para que los terrenos incluidos en el Parque Nacional de Doñana, cuyos propietarios no suscriban los correspondientes acuerdos respecto de las limitaciones que sean indemnizables, pasen a ser propiedad del Estado y asimismo y sin perjuicio de aplicar la expropiación forzosa cuando fuese precisa, se podrán autorizar permutas de terrenos (...)” (art. 2.2 de la Ley).

El problema interpretativo que plantea el precepto transcrito es el de determinar si de él se infiere la obligación por parte del Estado de proceder a la expropiación de los terrenos en aquellos casos en los que no se alcance un acuerdo con los propietarios en torno a las indemnizaciones que les correspondan por las limitaciones que las medidas de protección de la naturaleza imponen sobre sus terrenos, suponiendo que tampoco se alcance acuerdo sobre la permuta de esos terrenos en los términos que posibilita la Ley. Es decir, la cuestión es saber si el ejercicio de la potestad expropiatoria, esencialmente discrecional en su regulación general, se configura en estos casos como una potestad reglada.

La STS de 24 de febrero de 2003, Ar. 2782, resuelve este problema interpretativo afirmando la obligación de expropiar en estos casos, lo que implica considerar reglado el

VIII. Expropiación Forzosa

ejercicio de la potestad expropiatoria cuando no se alcanzan los referidos acuerdos. En palabras del Tribunal Supremo,

“Es cierto que, en términos generales, la expropiación, según resulta de lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución, constituye en esencia una limitación del derecho de propiedad y en tal sentido se condiciona la privación de los bienes y derechos a la existencia de causa jurídica –de utilidad pública o interés social– y al abono de la correspondiente indemnización, por lo que tal privación singular de bienes y derechos tiene el carácter de forzosa para el particular al que se sujeta a tal decisión que, en principio, constituye un gravamen para el mismo y no lo es para la Administración a la que ni obligan ni condicionan los intereses privados en orden al ejercicio de la facultad expropiatoria. Ahora bien esta naturaleza esencial de la expropiación forzosa no impide la existencia de regímenes jurídicos especiales en virtud de los cuales la expropiación se convierte en imperativa para la propia Administración expropiante en función de un mandato legal como el establecido en el número 3 del artículo 2 de la Ley 91/1978, conforme al cual la Administración está obligada a expropiar los terrenos cuyos propietarios no suscriban los correspondientes acuerdos respecto a las limitaciones que sean indemnizables, siempre, naturalmente, que junto con este requisito se haya agotado la otra posibilidad de permuta con terrenos interiores o periféricos al Parque que autoriza el indicado precepto, cuya aplicación en modo alguno puede condicionarse a la voluntad de la Administración puesto que, por el contrario, la norma está concebida como un mandato del legislador en virtud del cual el ejecutivo, por decisión de aquél, aparece obligado a adoptar las medidas y habilitar los medios necesarios al objeto de que la finalidad de la Ley se cumpla.”

3. SUJETOS DE LA EXPROPIACIÓN

A) Consideración de titular dominical a quien resulta serlo con carácter prejudicial, sin necesidad de dejar su pretensión pendiente hasta que se pronuncie la jurisdicción civil

Como es sabido, la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa permite extender la competencia de esta jurisdicción al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo que estén “directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo”, salvo que se trate de cuestiones de orden penal o constitucional (art. 4.1).

La STS de 18 de marzo de 2003, Ar. 3967, resuelve el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de instancia que desestimó la pretensión expropiatoria de los recurrentes que alegaban la titularidad de unos terrenos sobre los que el Ayuntamiento había erigido una plaza pública. Dichos reclamantes solicitaron en su día del Ayuntamiento el abono del justiprecio correspondiente, que fue desestimado por silencio administrativo. Interpuesto el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra dicha desestimación presunta, los demandantes solicitaron lo propio en el suplico de su demanda, a lo que la Administración municipal se opuso en su contestación argumentando que los actores no ostentaban la titularidad dominical de los terrenos que fundamentaban su pretensión indemnizatoria, puesto que tales terrenos tenían –a juicio del Ayuntamiento–

carácter demanial. Ante esta argumentación, el Tribunal *a quo* consideró que la titularidad dominical de los terrenos en litigio constituía el núcleo propio de la controversia y no una simple cuestión tangencial, accesorio o incidental a la misma, por lo que no cabía decidir prejudicialmente sobre ella, sino que debía ser la jurisdicción civil la que se pronunciase previamente sobre dicha cuestión, de modo que sólo de reconocerse judicialmente la titularidad dominical de los recurrentes y la concreta superficie y lindes del terreno cuestionado aquéllos podrían ejercitar sus pretensiones frente a la Administración expropiante y, de no ser atendidas, frente a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Al resolver en casación el recurso interpuesto por los presuntos propietarios, el Tribunal Supremo declara que hay lugar al mismo porque la sentencia de instancia ha desconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la prejudicialidad civil. Más concretamente, en materia expropiatoria, la naturaleza y titularidad del dominio es un presupuesto *sine qua non* para decidir la cuestión administrativa que constituye el fondo del asunto, pues si, a tenor del art. 1 de la LEF, para que la expropiación exista ha de haber un bien o derecho de propiedad particular del que la Administración priva a su titular imperativamente, al cuestionarse en el caso de autos la titularidad dominical de los terrenos sobre los que se cimenta la pretensión de los recurrentes, tal controversia jurídica debe ser decidida *a priori* por la jurisdicción contencioso-administrativa en aplicación del art. 4 de la LJCA.

Afirmado lo anterior, el Tribunal Supremo analiza los documentos obrantes en el expediente que acreditan la titularidad dominical de los recurrentes y constata la falta de documentación relativa a la titularidad dominical del Ayuntamiento, afirmando, en consecuencia, que los recurrentes son –al menos en apariencia– los propietarios de los terrenos en cuestión a los efectos prejudiciales del caso, correspondiéndoles cobrar el justiprecio que el Tribunal Supremo fija en la sentencia comentada. Ello sin perjuicio de la ulterior resolución ante el orden civil de la cuestión de la titularidad controvertida, por lo que el reconocimiento en sede contencioso-administrativa del justiprecio deja a salvo la revisión que de esta solución pueda acarrear un pronunciamiento judicial civil sobre la cuestión de fondo que fuera favorable al Ayuntamiento.

4. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Nulidad de un acuerdo de necesidad de ocupación por inexistencia de información previa a los interesados. Improcedencia de subsanar el vicio originario mediante la elaboración de un nuevo expediente una vez que la obra ya se ha ejecutado: se trataría de un mero intento de evitar la ejecución de la sentencia anulatoria en sus propios términos determinando la preceptiva indemnización de daños y perjuicios

La STS de 13 de febrero de 2003, Ar. 2842, resuelve el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Albacete contra una sentencia del

VIII. Expropiación Forzosa

Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Las actuaciones municipales originariamente examinadas en el proceso a quo eran, por una parte, el acuerdo municipal que desestimó las alegaciones formuladas por las demandantes al previo acuerdo municipal de necesidad de ocupación de unos terrenos a fin de ejecutar los accesos al matadero municipal, en el que se ordenaba asimismo publicar la relación de bienes y derechos a expropiar; y, de otra parte, la aprobación del depósito previo a la ocupación.

La sentencia ahora recurrida en casación anula tales decisiones municipales argumentando que la propia Sala de instancia había anulado previamente el procedimiento expropiatorio seguido por el mismo Ayuntamiento para ejecutar el referido matadero municipal sobre unos terrenos de propiedad de los recurrentes debido a una serie de defectos formales causantes de indefensión para éstas. Recurrida en apelación aquella primera sentencia por el Ayuntamiento demandado, el Tribunal Supremo dictó, con fecha 6 de marzo de 1997, Ar. 2291, sentencia desestimatoria después de examinar el defecto de no haberse dado audiencia a los interesados antes de proceder a la aprobación definitiva del proyecto, argumentando que las alegaciones posteriores a ésta difícilmente hubieran podido modificar el emplazamiento elegido para el matadero municipal. No obstante, antes de recaer sentencia en dicho recurso de apelación, el Ayuntamiento, a la vista de los defectos por los que la Sala de instancia había anulado el procedimiento expropiatorio, encargó la elaboración de un proyecto reformado de matadero municipal que, con idéntica ubicación, somete a las preceptivas autorizaciones y del que da traslado a los interesados, terminando con un nuevo acuerdo por el que se declaraba la necesidad de ocupación de los mismos terrenos destinados al matadero municipal y se publicaba la relación de bienes y derechos afectados. Mientras se tramitaba este nuevo expediente expropiatorio, subsanando todos los defectos que habían acarreado la anulación del primero, el Ayuntamiento, como no se había suspendido la ejecutividad de su primitivo acuerdo a pesar de haberse sometido a revisión jurisdiccional, terminó de construir el matadero en los terrenos inicialmente previstos.

Por otra parte, en el proceso de instancia que ahora se examina en casación, los propietarios pretendieron la anulación del acuerdo municipal desestimatorio de las alegaciones contra el previo acuerdo de necesidad de ocupación de los terrenos para ejecutar los accesos al indicado matadero municipal, a pesar de lo cual la Sala de instancia enjuicia el procedimiento expropiatorio para adquirir los terrenos donde se alza dicho matadero y en el que se pretendieron subsanar los defectos cometidos en el primer expediente, llegando a la conclusión de que ese segundo procedimiento expropiatorio es nulo porque tiene como única finalidad eludir el cumplimiento de la primera sentencia de instancia, confirmada en apelación por el Tribunal Supremo.

Al analizar este fallo, el Tribunal Supremo lo confirma declarando que no hay lugar a la pretensión casacional del Ayuntamiento, ya que

“anulado un proyecto de obra y la consiguiente declaración de necesidad de ocupación y declaración de urgencia por sentencia firme, pese a la cual se ejecuta por la Administración demandada (...) un matadero municipal, con la correspondiente ocupación de los terrenos de propiedad privada necesarios para tal ejecución, no cabe, con posterioridad a la fir-

meza de la sentencia y sin proceder a su ejecución o a la declaración de imposibilidad de ejecución, aprobar un nuevo proyecto e iniciar, previa declaración de la necesidad de ocupación de los terrenos necesarios para la obra ya ejecutada, un segundo expediente expropiatorio simplemente formal (...) por cuanto la *causa expropiando* de esta (...) expropiación está directamente vinculada a la validez del expediente formalmente expropiatorio para la ejecución de la obra principal, sin que a ello sea obstáculo el que el nuevo proyecto de matadero municipal no haya sido impugnado directamente.

Conviene en este punto recordar, tal y como lo hace también la Sala *a quo*, que lo que es objeto del presente recurso es el acuerdo municipal por el que se aprueba la relación definitiva de bienes cuya ocupación es necesaria para el acceso al matadero municipal ya construido al amparo de un proyecto y expediente expropiatorio declarados nulos por esta Sala en sentencia de 6 de marzo de 1997 (...), nos parece importante tener en cuenta cuál fue el argumento del Tribunal Supremo para en su día declarar nulo el primer proyecto y el consiguiente expediente expropiatorio, entre los que se encontraba la omisión del trámite de información pública y audiencia a los interesados previa a la construcción del matadero. El Tribunal Supremo concluye, ante esta circunstancia, que la infracción justifica la anulación sin que a ello obstase el hecho de que con el acuerdo de aprobación del proyecto se abriera una información pública a las propietarias porque era de suponer que una vez adoptada la decisión definitiva de aprobación, las posibles alegaciones, encaminadas a proponer un emplazamiento distinto como más conveniente desde el punto de vista de los intereses generales de la población, tenían unas posibilidades de prosperar notablemente inferiores, dado que ello hubiera exigido volver atrás de una decisión del Ayuntamiento (...).

La trascendencia que a los efectos que nos ocupan ha de tener una conclusión como la efectuada por el Tribunal Supremo en su razonar es innegable desde el momento que, si bien es cierto que el Ayuntamiento tramitó un nuevo expediente cuando la legalidad del primero estaba aún cuestionándose ante el Alto Tribunal, la necesidad de ocupación de los terrenos en él declarada (...) también ha de reputarse nula porque, si el Tribunal Supremo consideró que la audiencia coetánea a la aprobación del proyecto no convalidaba su omisión como trámite previo (...). A idéntica conclusión ha de llegarse cuando el proyecto se tramita una vez ejecutada la obra dado que esta circunstancia hace que al trámite de audiencia ahora abierto no pueda dársele mayor valor que al otorgado en el primer expediente. En este estado de cosas el nuevo acuerdo de necesidad de ocupación aprobado tiene un carácter única y exclusivamente formal, destinado a conformar un expediente expropiatorio de tal carácter, pero sin más alcance y por consiguiente carente de efecto alguno (...). Llegamos así a lo que en opinión de la Sala constituye el núcleo central de la cuestión y que no es otro que el alcance y efectos de la STS de 6 de marzo de 1997 que declaraba nula la necesidad de ocupación y la declaración de urgencia del original expediente expropiatorio. Ante tal sentencia firme, el Ayuntamiento de Albacete tenía dos opciones, una ejecutar la sentencia reponiendo la cosa en su estado anterior y por tanto proceder a reponer a la propietaria en la posesión del terreno ocupado y proceder a la demolición de lo construido y a partir de ahí iniciar en su caso un nuevo expediente expropiatorio, o, en segundo lugar, pedir la declaración de inejecutabilidad de la sentencia sustituyendo esa

VIII. Expropiación Forzosa

ejecución por una indemnización de daños y perjuicios, pero lo que no es admisible es intentar burlar los efectos de dicha sentencia mediante la tramitación de un procedimiento expropiatorio sólo formalmente adecuado a la legislación vigente.

Por otra parte, la importancia y gravedad de las causas que motivaron la declaración de nulidad del inicial expediente, especialmente la relativa a la omisión de la audiencia es de tal magnitud que ello hace que no sea susceptible de convalidación por la posible actuación sanatoria posterior de la Administración (...) menoscabado gravemente su derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24 de la CE al hacer ilusoria la ejecución de una sentencia firme (...), sin que pueda dejar de resaltarse la postura absolutamente errática por no decir de mala fe del Ayuntamiento al tratar de demorar la cuestión manteniendo un recurso de apelación en el que defendía la validez de los acuerdos iniciales y al propio tiempo iniciando y siguiendo paralelamente –diríase que cautelarmente– un nuevo expediente para convalidar los vicios que había apreciado este Tribunal en la sentencia que recurría y sin hacer por el contrario nada para ejecutar la sentencia firme. Asimismo, se impone recordar que en el presente proceso se recurre directamente frente a la necesidad de ocupación de los terrenos destinados a los accesos y que la impugnación se puede apoyar directamente en la nulidad de los acuerdos anteriores con toda libertad, habida cuenta de la constante y reiterada jurisprudencia que para salvar la exclusión que la LEF efectuó en su art. 22 de la posibilidad de control jurisdiccional del acuerdo de necesidad de ocupación acomodando ese precepto con el art. 24.1 de la Constitución, ha autorizado la impugnación del acuerdo, ya sea separadamente o con ocasión de la impugnación del justiprecio, lo que permite examinar en este expediente directamente la nulidad de aquellos acuerdos como base para fundamentar la nulidad de los actuales dada la indudable conexión.

Estamos, en consecuencia, ante una actuación municipal que lo que trata es de eludir las consecuencias de una sentencia judicial firme, que no puede amparar la validez de actos administrativos como el que se impugna directamente vinculados los anteriores y cuya validez viene condicionada por la de éstos. Así las cosas es claro que el motivo no puede prosperar habida cuenta la directa vinculación entre los distintos actos administrativos de modo que la validez de los anteriores condiciona la de los posteriores, sin que pueda independizarse la expropiación de los terrenos de acceso al matadero de los del matadero mismo, ya que la nulidad del expediente expropiatorio referido a éstos condiciona la *causa expropiando de aquél*”.

La argumentación expuesta cuenta con la oposición del Magistrado Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate, quien formula un voto particular en el que considera que el Tribunal de instancia se extralimitó al resolver el objeto del proceso puesto que en dicho proceso los propietarios pretendieron *exclusivamente* la anulación del acuerdo municipal desestimatorio de las alegaciones contra el previo acuerdo de necesidad de ocupación de los terrenos para ejecutar los accesos al matadero municipal, a pesar de lo cual la Sala de instancia enjuicia el procedimiento expropiatorio de los terrenos donde se ubica dicho matadero en el que se subsanaron los defectos cometidos en el primero, llegando a la conclusión (sin ser objeto del proceso) de que ese segundo procedimiento expropiatorio es nulo porque tiene como única finalidad eludir el cumplimiento de la primera sentencia dictada por la Sala de instancia y confirmada en apelación por la citada sentencia

del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1997. Partiendo de lo limitado del objeto del proceso de instancia, el Magistrado disidente opina que el recurso de casación debió ser estimado por las siguientes razones:

“1ª: En este proceso no se ha sometido a enjuiciamiento el segundo acuerdo de necesidad de ocupación de los terrenos en que se erigió el matadero municipal (...).

2ª: Respecto de los actos administrativos no se contempla en la Ley de esta Jurisdicción un recurso indirecto equivalente al previsto en los artículos 39.2 y 4 de la antigua Ley de 1956 y 26 de la vigente Ley 29/1998 respecto de las disposiciones de carácter general.

3ª: El segundo procedimiento expropiatorio, que culminó con la necesidad de ocupación de determinados terrenos rústicos para construir el matadero municipal, se tramitó precisamente para subsanar todos los defectos señalados por la Sala de primera instancia en su sentencia, después confirmada por esta Sala del Tribunal Supremo en apelación, de modo que no puede afirmarse que se ha tramitado para eludir el cumplimiento de dichas sentencias sino, por el contrario, en acatamiento de lo en ellas resuelto.

4ª: El matadero municipal se edificó en ejecución del primer acuerdo municipal, ulteriormente anulado, porque no se suspendió jurisdiccionalmente la ejecutividad de dicho acuerdo ni se pidió por los interesados la ejecución provisional de la primera sentencia pronunciada por la Sala de instancia (...).

5ª: Ni en vía administrativa ni en sede jurisdiccional se ha puesto en tela de juicio que el emplazamiento elegido por el Ayuntamiento para el matadero municipal sea el más idóneo, sin haberse propuesto tampoco por las recurrentes otras localizaciones para su construcción, que habrían permitido a esta jurisdicción apreciar si la decisión municipal es arbitraria o ejercer el control de su discrecionalidad técnica.

6ª: Recurrida administrativamente la decisión de la Administración de la Comunidad Autónoma autorizando el emplazamiento del matadero en el suelo rústico elegido por el Ayuntamiento, las recurrentes se aquietaron con tal decisión.

7ª: Esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado (...) que, cuando resulte imposible legal o materialmente reponer la situación a su estado primitivo por estar íntegramente ejecutada la obra, la consecuencia de la declaración de nulidad del expediente expropiatorio no ha de ser la retroacción de dicho expediente a su iniciación sino la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubiesen causado al propietario con la ocupación ilegal de sus bienes.

8ª: Con arreglo a esa tradicional doctrina jurisprudencial, aun en el supuesto de que el segundo procedimiento expropiatorio, tramitado para subsanar los defectos del primero a fin de construir el nuevo matadero municipal, fuese contrario a Derecho (...), el resultado (...) no sería otro que la indemnización a los propietarios de dichos terrenos por su ilegal

VIII. Expropiación Forzosa

ocupación, sin que pueda esgrimirse tal circunstancia como causa de anulación de otro procedimiento expropiatorio distinto (...), encaminado exclusivamente a la adquisición de los terrenos necesarios para el acceso a ese matadero municipal ya construido, por más que los dueños de los otros terrenos en que éste se asienta deban ser cumplidamente indemnizados por haberse construido en virtud de un acuerdo municipal después anulado jurisdiccionalmente, situación que para nada afecta a los propietarios de los terrenos necesarios para los accesos a dicho matadero conforme a un ulterior proyecto y acuerdo relativos a tales accesos, salvo que se hubiesen esgrimidos argumentos sustantivos o de fondo para oponerse a la necesidad de ocupación de los terrenos para ejecutarlos.”

B) Efectos no invalidantes del incumplimiento de los requisitos de personación del Alcalde o delegado municipal y del perito para levantar el acta previa de ocupación a la que se refiere el artículo 53.2 de la LEF

Para las expropiaciones de urgencia, el art. 52.3 de la LEF prevé que en el día y la hora fijados para el levantamiento del acta previa de ocupación, “se constituirán en la finca que se trate de ocupar el representante de la Administración, acompañado de un perito y del Alcalde o Concejal en que delegue”.

La STS de 4 de noviembre de 2002, Ar. 2219 de 2003, resuelve un recurso de casación en el que los recurrentes combaten la sentencia de instancia por no haber invalidado el acta previa de ocupación de una expropiación urgente que, a juicio de los recurrentes, adolece de los dos vicios invalidantes: de un lado, que en el momento de levantamiento del acta no se hallaba presente el concejal designado a tal efecto por el Alcalde, sino otra persona distinta; y, de otro lado, que el perito designado no llegó a personarse en la finca.

Ante la denuncia de estos vicios, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la naturaleza de los requisitos de personación del Alcalde o delegado municipal y del perito que el art. 52.3 de la LEF establece a los efectos de formalización del acta previa de ocupación en las expropiaciones urgentes. A juicio del Tribunal Supremo, aunque el citado precepto legal utiliza la expresión “el representante de la Administración (expropiante), acompañado de un perito y del Alcalde o concejal en que delegue”, no estamos ante un supuesto de delegación en sentido técnico (de los contemplados en el art. 13 de la Ley 30/1992), sino ante lo que en la terminología al uso se llama comisión o representación en sentido impropio (representante es el significante que emplea ese artículo 52.3 para referirse a quien actúa en nombre de la Administración, y su función es la misma que cumple el que lo hace en nombre del Ayuntamiento). No estamos —afirma el Tribunal Supremo— ante una transferencia del ejercicio de una competencia del Alcalde sino ante una suplencia o sustitución personal en el desarrollo de unas actuaciones, ciertamente necesarias y, en su caso, trascendentes, pero que jurídicamente son meros actos de trámite con ocasión de los cuales los expropiados tienen oportunidad de hacer las alegaciones que consideren oportunas sobre la extensión, características, etc., de los bienes que se les van a ocupar. Y al respecto hay que recordar que los actos de trámite son recurribles cuando directa o indirectamente deciden el fondo del asunto o cuando producen indefensión, no habiendo ocurrido tal cosa en éste caso puesto que los interesados no formularon ninguna oposición (en los impresos que se emplean en estos casos hay un espacio para formular las manifestaciones que consideren necesarios tanto la Administración

como los interesados) ni han aducido ningún daño ni consecuencia jurídica de ningún tipo que haya podido seguirse para ellos en razón del procedimiento de levantamiento del acta de ocupación.

Por lo que hace a la actuación del perito, el Tribunal Supremo afirma que en las expropiaciones seguidas para la ejecución para grandes obras públicas, como es aquí el caso, en las que el número de bienes que se expropiaban y sus titulares son muy numerosos —más de doscientas fincas se expropiaban en este supuesto— el acto de extender las actas previas no tiene lugar sobre el terreno, sin perjuicio de que si alguien lo solicita —y nadie lo ha hecho en este caso— el perito se desplace con los demás asistentes oficiales a la finca o fincas de que se trate. Razones de celeridad y eficacia, justifican esta práctica que viene aplicándose también por la mayor comodidad que ello supone, empezando por los expropiados. Lo cual no empece —añade el Tribunal Supremo— para que, si alguien solicitara que el acto de levantamiento del acta previa (debe notarse que no estamos en el caso de las actas de ocupación) haya que acceder a su petición pues eso es lo que literalmente dice la ley.

C) Naturaleza jurídica del acuerdo de declaración de la urgente ocupación: no es una disposición general, por lo que su eficacia está supeditada a los requisitos de notificación y publicación de los artículos 58 y siguientes de la Ley 30/1992

La STS de 24 de abril de 2003, Ar. 3733, analiza la naturaleza de las declaraciones de urgente ocupación en las expropiaciones de urgencia. La cuestión que se dilucida en la sentencia es la de si dichos acuerdos gubernamentales tienen o no naturaleza de acto administrativo a los efectos de la aplicación del régimen de notificación, como requisito de eficacia de dichas declaraciones (arts. 58 y ss. de la Ley 30/1992), o si, por el contrario, son disposiciones generales para cuya eficacia basta la publicación oficial (art. 52.1 de la Ley 30/1992).

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión afirmando que los acuerdos de urgente ocupación no son disposiciones de carácter general, puesto que carecen de la característica indispensable de entrar a formar parte del ordenamiento. En el caso de las declaraciones de urgente ocupación no estamos ante el desarrollo de una potestad reglamentaria sino ante la declaración y aprobación de una resolución administrativa dirigida a una pluralidad de personas, pero que ni crea derecho ni se integra en el ordenamiento jurídico como parte del mismo, sino que se agota con su cumplimiento (criterio de la ordinalidad).

En consecuencia, dichos acuerdos deben ser notificados de acuerdo con el art. 58 de la Ley 30/1992, salvo que concurra alguno de las excepciones del art. 59 de la propia Ley, entre las que se encuentran los actos administrativos que tienen por destinatarios a una pluralidad indeterminada de personas (supuesto de indeterminación bastante habitual en las expropiaciones), para cuya eficacia bastaría la publicación a la que se refieren los apartados 4 y 5 del citado art. 59 de la Ley 30/1992.

VIII. Expropiación Forzosa

En el supuesto que se analiza en la sentencia, la cuestión es determinante a los efectos del cómputo de los plazos para recurrir el acuerdo de declaración de urgente ocupación y conocer si es o no de aplicación la excepción procesal de extemporaneidad del recurso. De lo que resulta de las actuaciones del caso, la Sala comprueba que el acuerdo de declaración de urgente ocupación efectuado por el Gobierno de la Comunidad Autónoma expropiante es de fecha posterior al acuerdo de necesidad de ocupación, y que cuando se dictó ya estaban perfectamente identificados los propietarios afectados. En consecuencia, la Administración expropiante debió notificar personalmente dicho acuerdo de conformidad con el artículo 58 de la Ley 30/1992. Y, al no haberlo hecho así, el plazo para recurrir no puede computarse desde la publicación del acto sino, habida cuenta que no consta lo contrario, desde el momento en que se le notifica por la Administración demandada la interposición de otros recursos contenciosos contra dicho acuerdo. Consecuencia de lo anterior es que el recurso debió ser admitido a trámite por la Sala de instancia, que incorrectamente apreció la excepción de extemporalidad.

5. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

A) Valoración expropiatoria de suelo urbano destinado a sistemas generales: improcedencia de la deducción de los costes de urbanización en el justiprecio hallado por el método residual e improcedencia de deducir las cesiones obligatorias en actuaciones asistemáticas

La STS de 5 de febrero de 2003, Ar. 2611, resuelve el recurso de casación planteado contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad valenciana que confirmó el justiprecio fijado por el Jurado Provincial de Expropiación al determinar el valor urbanístico de unos terrenos expropiados por el Ayuntamiento de Paterna para destinarlos a zona verde (sistema general). Dichos terrenos, que venían siendo utilizados como campo de tiro, fueron valorados como suelo urbano no consolidado conforme a los criterios de valoración establecidos en el Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre Viviendas de Protección Oficial. Como es sabido, en dicha disposición se fija un método de valoración “residual” que toma como referencia el valor asignado a las VPO y que ha sido reiteradamente utilizado por la jurisprudencia para determinar el valor del suelo afecto a sistemas generales y dotaciones cuando los terrenos a valorar no tienen asignado un aprovechamiento específico en el Plan.

En este contexto valorativo, la sala de instancia consideró acertada la decisión del Jurado según la cual, para calcular el valor definitivo de los terrenos expropiados, habían de deducirse los porcentajes correspondientes a las cesiones que en concepto de aportación a sistemas generales y a costes de urbanización que correspondería satisfacer a los propietarios de los terrenos para que éstos alcanzasen la condición de solar. En el recurso de casación planteado, los propietarios de dichos terrenos atacan la legalidad de las deducciones realizadas por tales conceptos; motivo que es atendido por el Tribunal Supremo por considerar que:

“Si bien esta valoración del suelo afecto a sistemas generales en función del valor asignado al suelo de las viviendas de protección oficial conforme a las normas del (citado) Real

Decreto, es la que esta Sala viene generalmente aceptando cuando se trata de suelo urbanizable o urbano no consolidado (...) y no en el urbano —en el que sería más procedente partir del valor de mercado del metro cuadrado edificado y realizar las deducciones oportunas de costes no imputables al suelo sobre la base de valores reales y no porcentuales— es también evidente que en el presente caso lo que ha hecho el Jurado y se ha confirmado por la Sala de instancia es, aplicando una fórmula objetiva cual es la resultante de la jurisprudencia de esta Sala en función de las disposiciones del Decreto 3148/1978, aplicar igualmente unas deducciones por el importe real en que se cuantifica la aportación obligada del propietario para contribución a los sistemas generales de todo el término municipal de Paterna y el coste de urbanización de los terrenos para su conversión en solar.

Respecto a la deducción por la Sala de instancia, al confirmar el acuerdo del Jurado, de los costes de urbanización es evidente que la misma no procede conforme a la doctrina de esta Sala que ha declarado (...) que el valor de repercusión del suelo calculado en un 15 por ciento del precio de venta de metros útiles de viviendas de protección oficial de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 3148/1978 incluye los costes de urbanización (...); por ello si dichos gastos de urbanización se dedujeran del valor de repercusión del suelo el precio se vería reducido en una cifra irreal por no haberse obtenido el valor de repercusión mediante el empleo del método residual, sino a través de un porcentaje tasado en el que se incluyen aquellos costes. Por otro lado es evidente que las disposiciones del Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, se vienen usando por la jurisprudencia para hallar el justiprecio de suelos urbanizables, o urbanos carentes de adecuada o suficiente urbanización, en los que resulta razonable, por ajustarse a la realidad, un valor de repercusión del suelo del 15 por ciento siempre que, como preve el artículo 2 del Decreto 3148/1978 se incluyan los gastos de urbanización, pues en el caso de suelos con una trama urbana plenamente consolidada en que no sea preciso acometer obras de urbanización de clase alguna ese porcentaje de repercusión resultaría manifiestamente improcedente por alejado del auténtico valor de urbanístico del terreno (...)

Por otra parte, en lo que se refiere a la deducción (...) para sistemas generales, la procedencia de la misma solamente es exigible cuando se actúa por Polígonos o unidades de actuación (...). Esta Sala tiene declarado que para poder exigir la cesión obligatoria gratuita de los terrenos viales de suelo urbano es presupuesto imprescindible que previamente se haya delimitado un polígono o una unidad de actuación (...) en el interior del cual se puede hacer real la distribución justa de los beneficios y de las cargas de la ordenación entre todos los propietarios afectados (...); tampoco resultan deducibles en este caso las cesiones equivalentes a que se refiere el artículo 84.3.a) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 puesto que (...), las cesiones de dicho precepto aplicables en el supuesto de terrenos urbanizables se refieren a los sistemas parciales o sectoriales —establecidos en el Plan Parcial—, pero no a los sistemas generales —determinados en el Plan General—, puesto que éstos operan en beneficio de la comunidad municipal en general y no sólo al servicio de un sector determinado (...). En conclusión, si se considera el terreno como suelo urbano, resultaba improcedente aplicar la deducción por cesiones sistemas generales puesto que no se actuaba por polígonos y en el supuesto de suelo urbanizable, no pueden com-

VIII. Expropiación Forzosa

prender dichas cesiones a todos los sistemas generales del término municipal puesto que el propietario no tiene por qué soportar tal carga sin ningún género de compensación, compensación que no recibe en el presente caso en el que el aprovechamiento no se ha fijado en función del correspondiente al casco urbano sino en un porcentaje muy inferior, resultando contrario al principio de equitativa distribución de las cargas urbanísticas someter a un determinado propietario al sostenimiento de todos los sistemas generales dotacionales del municipio cuando, además, no se ha actuado, como es exigible cuando de suelo urbano se trata, por polígonos o unidades de actuación.”

En definitiva, el Tribunal Supremo aprecia el motivo de casación por considerar improcedente las deducciones practicadas sobre el justiprecio. En el caso de los costes de urbanización, por considerarlos ya deducidos al aplicar el método residual de valoración que toma como referencia el valor de las VPO; y, en el caso de las deducciones por aportación de terrenos a la obtención de sistemas generales, porque estas aportaciones no proceden de actuaciones asistemáticas, realizadas al margen de un polígono o unidad de ejecución. La única deducción que podía aplicarse sobre el justiprecio es —acaba afirmando el Tribunal Supremo— el 10 por ciento de cesión obligatoria que en este caso era aplicable a tenor del carácter no consolidado de los terrenos, con lo que —a los solos efectos de la cesión del 10 por ciento del aprovechamiento— equipara los terrenos expropiados al suelo urbanizable.

La sentencia cuenta con un largo y muy construido voto particular del Exmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate, cuya argumentación de fondo merece reseñar, puesto que maneja un razonamiento de justicia material que entronca con el sentido mismo de las técnicas de cesión y equidistribución de cargas y beneficios. A juicio del Magistrado disidente, pese al demostrado carácter urbano del suelo expropiado, la mayoría de la Sala sentenciadora incurre en incongruencia al estimar que dicho suelo debe calificarse a efectos valorativos como urbanizable para justificar así la cesión obligatoria y gratuita de un diez por ciento del aprovechamiento medio, suprimiendo, sin embargo, las cesiones obligatorias y gratuitas que, respecto a los costes de urbanización y a la aportación de terrenos para sistemas y dotaciones, correrían a cargo de los propietarios de suelo urbanizable. Por otro lado, el voto particular señala que si bien es cierto que para calcular el valor de repercusión del suelo por el procedimiento del Decreto 3148/1978 no cabe deducir los costes de urbanización por las razones expresadas en la sentencia, también es verdad que la jurisprudencia ha declarado que dicho sistema de cálculo impide incluir las cesiones obligatorias y gratuitas impuestas a los propietarios de suelo urbano y urbanizable.

El Magistrado que suscribe el voto particular añade a lo anterior una razón de fondo que le aparta definitivamente del presupuesto utilizado por el Tribunal Supremo para la valoración de los terrenos cuestionados como si de suelo urbanizable se tratase. En efecto, siguiendo una doctrina jurisprudencial consolidada, el disidente expone que el suelo urbano ha de considerarse siempre una realidad física sustraída a la esfera voluntarista de la Administración, de modo que, si reúne los caracteres fijados por la legislación urbanística para tener dicho carácter urbano, esta condición debe hacerse valer a todos los efectos, aunque el Plan no lo incluya como tal en sus determinaciones, y como suelo urbano debe justipreciarse en caso de expropiación forzosa.

De aquí que el suelo expropiado, al reunir tales caracteres, según consideró el Jurado y el Tribunal *a quo*, pese a no estar consolidado por la edificación, debe justipreciarse como tal suelo urbano, por lo que no cabe imponer a los propietarios la cesión de un diez por ciento del aprovechamiento, ya que tal cesión sólo es un deber de los propietarios de suelo urbanizable, mientras que tanto los propietarios de suelo urbano como los del urbanizable están obligados a ceder gratuitamente los terrenos destinados a dotaciones y sistemas generales al servicio del polígono o unidad de actuación. Por ello, resulta totalmente improcedente eliminar, como hace la sentencia, el importe de esas cesiones para calcular el justiprecio del suelo urbano expropiado. La decisión de suprimir tales cesiones se intenta justificar en la sentencia con el argumento de que la legislación urbanística imponen esos deberes cuando las dotaciones o sistemas generales son al servicio del polígono o unidad de actuación correspondiente y en este caso no se ha hecho una delimitación al respecto, pero lo cierto es que la zona verde expropiada se destina al servicio de toda la ciudad de Paterna, de modo que los expropiados han de contribuir a las cargas del planeamiento igual que los demás propietarios del suelo urbano de dicha ciudad y, en contrapartida, ha de participar en la misma medida de los beneficios derivados de aquél.

En definitiva, el Magistrado disidente estima que estamos ante un supuesto de expropiación de un terreno con destino a zona verde al servicio de toda la ciudad, que, a pesar de tener la clasificación de urbano por haber quedado integrado en la ciudad, no contribuyó con cesión alguna a fin de alcanzar tal clasificación urbanística, de modo que el aprovechamiento que ahora tiene lo ha obtenido por el esfuerzo urbanizador de los demás propietarios de suelo y de la Administración, lo que exige, con arreglo al principio rector del urbanismo tendente a la distribución más equitativa posible de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, que, al recibir el justiprecio del suelo expropiado de acuerdo con el aprovechamiento que corresponde al suelo urbano, deban deducirse los terrenos de cesión obligatoria que ya fueron cedidos por todos los demás propietarios del suelo urbano para conformar urbanísticamente la ciudad, lo que hizo posible la obtención del correspondiente aprovechamiento. El referido principio impone ahora a los propietarios del terreno expropiado, que no efectuaron cesiones al fin indicado, contribuir a esa carga en justa correspondencia con el beneficio que les reporta obtener un aprovechamiento urbanístico al que no cooperaron sino que se consolidó con el esfuerzo de los demás. Al no entenderlo así la sentencia se desconoció —a juicio de este miembro de la Sala— la función característica del urbanismo de impedir la desigual atribución de los beneficios y cargas del planeamiento entre los propietarios afectados y de imponer su justa distribución.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
EMILIO GUICHOT REINA
FRANCISCO LÓPEZ MENUÑO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar 2. Imputabilidad subjetiva. Responsabilidad solidaria de la Administración y el contratista de obras por los daños derivados de un accidente causado por un defecto en la señalización de las obras. 3. Carácter objetivo del sistema de responsabilidad y relación de causalidad. Exigencia de anormalidad y rechazo de reclamaciones abusivas. 4. Antijuridicidad del daño y obligación de soportarlo.

A) Daños sufridos por agentes públicos en el desempeño de sus funciones: exigencia de anormalidad en el funcionamiento del servicio para imputar causalmente el daño a la Administración, con independencia del derecho a percibir cantidades en otros conceptos ajenos a la responsabilidad patrimonial. B) Participantes en desórdenes públicos.

Deber de soportar los daños derivados del impacto de un bote de humo lanzado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Principio de proporcionalidad y carga de la prueba. Voto particular. C) Obligación de soportar los daños derivados de la anulación

de una licencia urbanística y el subsiguiente derribo de la edificación: aplicación del artículo 240 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992. 5. Daño. Anulación de

concurso-oposición y reclamación de daños por los concursantes que obtuvieron las plazas luego anuladas. Indemnización de daños morales. 6. Acción de responsabilidad y procedimiento. Distinción entre órgano competente para iniciar e instruir el procedimiento de reclamación administrativa y órgano competente para resolverlo en el caso de Entidades de Derecho Público.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

A lo largo de estos años de crónicas de jurisprudencia, hemos ido comprobando una y otra vez la endeblez o, si se quiere, la relatividad, del pretendido carácter objetivo de la responsabilidad administrativa. El análisis de la realidad jurisprudencial nos ha mostrado cómo la indagación del elemento de la anormalidad, de la incorrección, de esa culpa objetivada que es, en fin, la ilegalidad, preside e impregna, a la postre, todo razonamiento en clave de responsabilidad, cualquiera que sea la vestimenta argumental o, si se nos permite, el requiebro lógico (falta de causalidad si el funcionamiento fue normal; obligación de soportar el daño si la Administración actuó correctamente), al que el juez

administrativo se vea forzado por los elementos de que le provee el sistema legal acuñado en la Ley de Expropiación Forzosa y hoy perpetuado en la Ley de Procedimiento Administrativo Común. La práctica identidad en las soluciones indemnizatorias alcanzadas por el orden civil y el contencioso al juzgar supuestos análogos a partir de sistemas teóricamente antagónicos, que hemos ido poniendo de manifiesto desde los primeros números de estas crónicas, sirve como refrendo de esta conclusión.

También puede comprobarse el estado de incertidumbre en el que se halla el régimen de la responsabilidad de contratistas de la Administración, precisado de una nueva formulación por parte del legislador habida cuenta la contradictoria doctrina jurisprudencial que se aprecia en este ámbito. Por otra parte, se muestra un conjunto de sentencias que versan sobre el elemento de la antijuricidad, una pieza fundamental del sistema de responsabilidad, pudiendo comprobarse igualmente su diverso e incluso discutible tratamiento en algún caso.

2. IMPUTABILIDAD SUBJETIVA. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL CONTRATISTA DE OBRAS POR LOS DAÑOS DERIVADOS DE UN ACCIDENTE CAUSADO POR UN DEFECTO EN LA SEÑALIZACIÓN DE LAS OBRAS

Como es sabido, la legislación administrativa impone como regla general al contratista la indemnización de los daños causados a los particulares en la ejecución del contrato, salvo que éstos tengan su origen en un defecto en el proyecto de obras o sean consecuencia del cumplimiento por el contratista de una orden directa de la Administración. No obstante, se observa en la jurisprudencia, muy en especial en la civil, una tendencia a interpretar de la forma más extensiva posible el campo de imputabilidad de los daños a la Administración cuando el particular opta por demandar sólo a ésta o a ésta junto al contratista, con un evidente propósito garantista que, no obstante, tiene un acomodo dudoso en la clara dicción del art. 121.2 de la LEF.

Muestra de ello la constituye, en el período considerado, la STS de 7 de abril de 2003, Sala de lo Civil, Ar. 2800, cuyo presupuesto es la producción de un accidente de tráfico motivado por la falta de señalización de unas obras que se estaban llevando a cabo por un contratista de la Administración. La sentencia de instancia condena solidariamente al contratista y a la Administración, que alega que no ha de responder de unos daños como los enjuiciados, que no derivan de órdenes o instrucciones directas dadas al contratista. El TS entiende, por el contrario, que el daño se conecta con el propio incumplimiento de la Administración de sus poderes de dirección y vigilancia de la actuación del contratista, remitiéndose en concreto a la cláusula del pliego de condiciones según la cual “incumbe a la Administración ejercer, de una manera continuada y directa, la inspección de la obra durante su ejecución”, por lo que la actividad de señalización debió ser inspeccionada y comprobada, debiendo cumplir el contratista, en virtud de otra de las cláu-

sulas del pliego, “las órdenes que reciba por escrito acerca de la instalación de señales complementarias o modificación de las ya instaladas”.

Como puede notarse, la extensión dada a la facultad general de inspección y la interpretación del concepto de “señales complementarias o modificación de las ya instaladas” (cuando en el caso de autos se trataba más bien de una falta de señalización) denotan una interpretación ciertamente amplia del ámbito de imputabilidad de los daños a la Administración por parte del Tribunal Supremo.

3. CARÁCTER OBJETIVO DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD. EXIGENCIA DE ANORMALIDAD Y RECHAZO DE RECLAMACIONES ABUSIVAS

La afirmación legal de la obligación de indemnizar todo daño derivado de la actividad administrativa, se conecte con el funcionamiento anormal o incluso normal de los servicios públicos, parece conducir a una tendencia creciente a la interposición de reclamaciones indemnizatorias claramente abusivas, que pretenden convertir a la Administración en una suerte de seguro colectivo de daños. En ocasiones, los tribunales administrativos han dado cobertura a estas pretensiones, abocados en cierta medida a ello por la dificultad argumental de excluir la indemnización en un sistema objetivo, lo que ha conducido a resultados indeseables, como ha reconocido, incluso, la doctrina más defensora del régimen objetivo.

No obstante, es de justicia resaltar que, hecha abstracción de algunos pronunciamientos ciertamente criticables, el Tribunal Supremo, por lo general, ha desarrollado una jurisprudencia “correctora” de los excesos a los que fácilmente puede conducir el régimen legal, y, salvo en casos excepcionales, ha negado el derecho a indemnización en los casos en que no puede identificarse un elemento de anormalidad en el actuar administrativo.

Véanse, como ejemplos de denegación de pretensiones a nuestro juicio abusivas, las SSTs de 3 de abril de 2003, Ar. 3677, y de 8 de abril de 2003, Ar. 3683.

– En la primera, un joven de dieciocho años, para recoger una pelota que había caído al mar, se tira al agua de cabeza en plena orilla, golpeándose con un banco de arena de los que habitualmente se forman en la playa. El TS estima que el Ayuntamiento no ha incumplido sus deberes de vigilancia porque “naturalmente escapan a la previsión humana cualquier alteración o modificación de los fondos marinos que puedan producirse a consecuencia de las mareas en un litoral de las características del Atlántico”.

– En la segunda, una señora sufre lesiones al golpearse contra la pared de un edificio, como consecuencia de un fuerte golpe de mar, cuando pasaba por una calle colateral al Muro de contención del paseo marítimo en un día de fuerte temporal. Se daba la circunstancia de que la policía municipal había cortado el tráfico en la referida vía, debido

a la cantidad de agua que rebosaba del mar hacia la acera, y había advertido a los vianantes que extremaran su precaución si circulaban por la acera opuesta al muro. El TS entiende que “las lesiones producidas no son imputables al funcionamiento del servicio público y sí al proceder de la accidentada “quien pese a la evidencia del temporal existente no dudó en circular por la zona donde lo hizo, sin duda convencida de que podía hacerlo sin riesgo alguno para su integridad física”.

Ello no quiere decir, desde luego, que el TS no exija a la Administración un estándar razonable, e incluso elevado, de diligencia en el desarrollo de sus funciones. Nótese, si no, la **STS de 27 de febrero de 2003**, Sala de lo Civil, Ar. 2150, que condena al Estado por los daños sufridos por una persona en el momento de su detención. El supuesto es la detención de un individuo sospechoso de homicidio en un control de carretera. El sujeto es tumbado en el suelo y puesto boca abajo, con objeto de esposarlo. En este trance, el detenido propinó un manotazo al funcionario de policía que lo esposaba con su mano derecha, manteniendo la pistola reglamentaria en la izquierda, con la que apuntaba al detenido (en tanto que otro compañero le sujetaba por un brazo) y que se disparó, causando heridas al detenido. El TS entiende que no se procedió con la necesaria diligencia, “con independencia de la indudable tensión que hubo de producirse en el momento de los hechos, pues, una vez reducido el actor, puesto en el suelo y con las manos a la espalda para ser esposado, interviniendo en esta operación dos agentes policiales, se presentaba desproporcionada la situación de seguir encañonándole con una pistola apta para dispararse, instaurándose de este modo un riesgo peligroso y relevante con carga suficiente para generar daños e incluso haber podido ocasionar la muerte de la persona que se había detenido, la que resultaba ya rendida y vigilada, teniéndose en cuenta que no consta que portara arma alguna”. Obsérvese cómo, a pesar de las circunstancias del caso (detención de un presunto homicida a la fuga, que se resiste en el momento de ser esposado), resaltadas por el propio Tribunal, se considera que el agente no actuó con toda la diligencia debida, de lo que se deduce la responsabilidad administrativa. Es decir, se exige un estándar de actuación considerablemente elevado.

Finalmente, obsérvese que los tres supuestos que acabamos de exponer ponen una vez más de relieve cómo el criterio de la anormalidad en la actuación administrativa, de la diligencia, en suma, se constituye en la auténtica *ratio decidendi* de pronunciamientos provenientes, en los dos primeros casos, del orden administrativo, y, en el tercero, del civil.

4. ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO Y OBLIGACIÓN DE SOPORTARLO

A) Daños sufridos por agentes públicos en el desempeño de sus funciones: exigencia de anormalidad en el funcionamiento del servicio para imputar causalmente el daño a la Administración, con independencia del derecho a percibir cantidades en otros conceptos ajenos a la responsabilidad patrimonial

Traemos a colación dos interesantes pronunciamientos que comparten un mismo presupuesto, el de un agente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que sufre un daño en el

IX. Responsabilidad Administrativa

ejercicio de sus funciones. En ambos, el TS expresa su doctrina general (que, por ello, nos parece oportuno reproducir en su literalidad), conforme a la cual el agente debe soportar los daños cuya eventual producción se asumen al ingresar en un instituto armado, salvo que el daño pueda conectarse causalmente con un funcionamiento anormal del servicio.

– En la **STS de 1 de febrero de 2003**, Ar. 2358, un artificiero de la guardia civil sufre graves daños a consecuencia de una explosión que tiene lugar en el curso de unas prácticas. Se plantea si la víctima tiene derecho a ser indemnizado por el concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración o, dado que cumplía un cometido en el que el riesgo de explosión es inherente, debe soportar el daño. La Sentencia aprovecha para formular la doctrina general sobre la materia, del siguiente modo:

“En definitiva, se trata de decidir si, al integrarse libremente el ciudadano en un servicio público, está amparado o no por el derecho que los particulares tienen a ser indemnizados por las Administraciones Públicas por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que exista nexo causal entre la lesión y el funcionamiento del servicio público, contemplado en los artículos 139 y 141 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, o, por el contrario, al asumir voluntariamente los riesgos inherentes al concreto servicio público que presta, tiene el deber jurídico de soportar los daños o perjuicios connaturales a dicho servicio público, de modo que no se pueden calificar de antijurídicos, por lo que no generarían a su favor derecho a una indemnización por el concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sino sólo aquellas prestaciones que deriven de su relación estatutaria con ésta.”

Entendemos que la clave para resolver el enunciado conflicto está en la normalidad o deficiencia en la prestación del servicio y, en su caso, si esta última es o no imputable al funcionario o servidor público.

En el supuesto de funcionamiento normal, el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria, siendo éste el criterio mantenido en la Sentencia de esta Sala de 10 de abril de 2000 [recurso de casación 9147/1995, FJ 3º.B)], aunque la doctrina expuesta no tuviese reflejo por razones procesales en su parte dispositiva.

En el caso de funcionamiento anormal del servicio público, se debe discernir si la deficiencia o anormalidad es consecuencia exclusivamente de la propia actuación del servidor o funcionamiento público, en cuyo caso su misma conducta sería la única causante del daño o perjuicio sufrido, con lo que faltaría el requisito del nexo causal, requerido por el apartado 1 del art. 139 de la mencionada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, o si la deficiencia o anormalidad del servicio obedece a otros agentes con o sin la concurrencia de la conducta del propio perjudicado.

En el caso de que ninguna participación hubiese tenido el funcionario o servidor público perjudicado en el resultado producido, debe ser cabalmente resarcido e indemnizado por la Administración Pública de todos los daños y perjuicios que se le hubiesen irrogado hasta alcanzar su plena indemnidad, pero en el supuesto de que hubiese cooperado en el funcionamiento anormal del servicio, la indemnización en su favor habrá de moderarse en atención a su grado de participación.

En el asunto de autos, el Tribunal Supremo estima que la víctima no cooperó al funcionamiento anormal, sino que el daño debe anudarse exclusivamente a la concurrencia de un cúmulo de anormalidades (falta de la indumentaria y el equipo de protección adecuados, y de otras medidas de seguridad y cobertura sanitaria durante la realización de las prácticas, etc.) imputables al servicio.

– Por su parte, la **STS de 20 de febrero de 2003**, Ar. 2125, tiene su origen en los daños sufridos por un agente de policía al detener a un delincuente. El Tribunal Supremo afirma que:

“(…) sólo existen daños antijurídicos cuando la víctima no tiene el deber de soportar el daño, deber que surge (...) de la concurrencia de un título que lo imponga, contrato previo cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria, por cuanto la asunción voluntaria o por mandato legal del riesgo del servicio público, aceptado y consentido por persona encargada de la prestación de ese servicio, rompe la relación de causalidad cuando, como en el caso de autos, se toma de forma autónoma la decisión de actuar y el modo de hacerlo, de tal manera que el funcionario es quien toma la decisión de actuar y asume la dirección de la acción efectuada”.

En este caso, concurre la obligación legal de actuar como policía nacional y no se acredita una falta de medios materiales o humanos. Todo ello, claro está,

“(…) con independencia de cualquier otra indemnización que pudiera corresponder al recurrente por cualquier otro título, incluido el derivado de la relación contractual derivada de un seguro contratado por la Administración demandada, indemnización que se regirá por lo establecido en las cláusulas del contrato, pero sin que ello pueda presuponer que la suscripción del mismo implica la aceptación tácita por la Administración de la obligación de indemnizar como consecuencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración establecida en los artículos 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico y 106 de la Constitución”.

B) Participantes en desórdenes públicos. Deber de soportar los daños derivados del impacto de un bote de humo lanzado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Principio de proporcionalidad y carga de la prueba. Voto particular

La **STS de 31 de enero de 2003**, Ar. 2356, tiene como telón de fondo un suceso ligado a la llamada “lucha callejera” de tintes independentistas que tiene lugar en determinadas

zonas de España. En concreto, una persona que participa activamente en desórdenes públicos callejeros durante la madrugada, con lanzamiento de objetos y artefactos explosivos, reclama indemnización por las lesiones sufridas como consecuencia del impacto en el rostro de un bote de humo lanzado por las fuerzas policiales antidisturbios.

El tribunal de instancia apreció “conurrencia de culpas” [sic], habida cuenta que el recurrente tomaba parte activa en la manifestación, hasta el punto de que se le habían detectado restos de material explosivo arrojado en las manos; pero, a la vez, entendió acreditado que el bote de humo fue arrojado desde muy corta distancia, siendo por tanto una acción antidisturbio desproporcionada.

El Tribunal Supremo considera que el lesionado tiene el deber jurídico de soportar el daño, ya que se arriesgó a participar en una manifestación violenta, y:

“En conclusión cabe decir que, si bien está acreditado que los daños se produjeron como consecuencia del impacto realizado sobre el recurrente de un bote de humo lanzado por personal de la fuerza pública, es lo cierto que, al no haberse acreditado circunstancias que lo contradigan, ha de presumirse, en función del principio de legalidad de la actuación administrativa, que dicha actuación no resulta desproporcionada, en contra de lo que se afirma por la sentencia recurrida, ni puede en consecuencia, calificarse como antijurídica al ser proporcionados, oportunos y congruentes los medios utilizados, ya que en modo alguno aparece acreditado en las actuaciones que el impacto del bote de humo fuera consecuencia de un disparo efectuado a conciencia sobre el recurrente, sino que más bien sería resultado del azar, dadas las condiciones de extrema violencia en que se estaba desarrollando la manifestación y la confusión existente en aquellos momentos, como en todos en que se actúa durante horas formando barricadas e imposibilitando durante ese período de tiempo el ejercicio de su misión por la fuerza pública que, por el contrario, está obligada a actuar con la decisión necesaria y sin demora, rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance, conforme exige el apartado c) del artículo 5.2 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sin que se haya acreditado, ni siquiera indiciariamente, que en el presente caso la actuación de las fuerzas del orden no se acomoda a esas exigencias legales.”

Se formula voto particular por el Magistrado D. Jesús Ernesto Peces Morate, quien pone de manifiesto que la exclusión de la responsabilidad por inexistencia de antijuridicidad en la actuación de la Administración es contraria al instituto de la responsabilidad patrimonial de ésta, configurada legalmente como objetiva o por el resultado. La referencia en la sentencia al azar como causa del daño debe entenderse como alusión al caso fortuito, siendo así que de éste también ha de responder la Administración. Aún más, tampoco puede en realidad afirmarse que concurre caso fortuito en la medida en que el riesgo de producir heridas graves era previsible y se habría podido evitar con abstenerse de disparar botes fumígenos a tan corta distancia de los participantes en la algarada. Por ello, la cuestión debe centrarse en la obligación o no de soportar el daño derivado, y ésta no existe desde el momento en que el lanzamiento de un bote de humo a corta distancia no es un instrumento idóneo para ser empleado. La desproporción del medio implica que

el daño no deba de ser soportado por la víctima (si bien la actuación de ésta puede moderar el importe de la indemnización).

Como puede comprobarse, a la postre, y una vez más, el sentido de la decisión, tanto para el Tribunal como para el voto particular (por mucho que éste pretenda razonar desde la lógica de la responsabilidad objetiva) se hace depender de un criterio de normalidad o anormalidad, a saber, de la consideración de si las Fuerzas de Seguridad actuaron o no de forma proporcionada, lo que convierte, también una vez más, en decisiva la carga de la prueba. Como sabemos, en un sistema teóricamente objetivo, corresponde al reclamante probar el nexo causal; así como, en un sistema como el civil, le corresponde acreditar la culpa (salvo que medie alguna forma de atenuación, presunción o inversión de la carga de la prueba, conforme a los principios de la mayor facilidad probatoria o del daño desproporcionado). Pero sucede que, a la postre, en el sistema administrativo acreditar la causalidad viene a significar, en realidad, probar la anormalidad, de modo que, tampoco en sede probatoria hay diferencias reales significativas entre ambos sistemas, civil y administrativo.

Al respecto, nótese que en este supuesto el Tribunal Supremo parte de la presunción de legalidad (y, por ende, de proporcionalidad) de la actuación administrativa, lo que supone imponer a la víctima la acreditación de la ilegalidad (en este caso, por falta de proporcionalidad) de la actuación administrativa, lo cual no se compadece bien con las reglas de la prueba (puesto que el nexo causal, en tanto que elemento fáctico, que es lo que teóricamente debe acreditar el reclamante era manifiesto e indisputado). En un caso como el enjuiciado, competiría teóricamente a la Administración acreditar que el daño no era antijurídico, razonando la proporcionalidad de su actuación a la luz de las circunstancias. Y, siguiendo el razonamiento, el juez bien podría concluir (en línea con lo argüido por el voto particular) que el lanzamiento de botes de humo a corta distancia constituye una medida desproporcionada y, por ello, un daño antijurídico. Lo que, en el razonar del juez civil, se correspondería con el principio *res ipsa loquitur*.

Lo que no cabe en ningún caso, y nos parece importante resaltarlo, es exigir un comportamiento intencional o doloso, consistente en disparar a conciencia y a quemarropa un bote de humo a una persona, para imputar el daño a la Administración. En estos casos, lo que podrá deducirse, además, será una demanda penal, pero ni el sistema administrativo de responsabilidad patrimonial ni el civil exigen una condición semejante para imputar un daño a su causante.

Todo ello, claro está, no es óbice para que, como bien apunta el voto particular, el comportamiento de la víctima, participante activo en una algarada callejera con lanzamiento de explosivos, pueda servir para moderar la responsabilidad administrativa; o, en su caso, si se demostrara que el lanzamiento del bote de humo fue empleado como último recurso de autodefensa, para afirmar su proporcionalidad, y, en ese caso, excluir la responsabilidad de la Administración.

C) Obligación de soportar los daños derivados de la anulación de una licencia urbanística y el subsiguiente derribo de la edificación: aplicación del artículo 240 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992

En la STS de 15 de abril de 2003, Ar. 3775, una persona reclama daños como consecuencia de la anulación judicial de una licencia de obras, con posterior demolición de lo edificado conforme a la misma, licencia que fue otorgada a partir de datos incorrectos proporcionados con dolo por el propio reclamante. La sentencia declara aplicable el art. 240 Ley del Suelo de 1992, conforme al cual no ha lugar a indemnización de los perjuicios derivados de la anulación de licencias si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado.

5. DAÑO. ANULACIÓN DE CONCURSO-OPOSICIÓN Y RECLAMACIÓN DE DAÑOS POR LOS CONCURSANTES QUE OBTUVIERON LAS PLAZAS LUEGO ANULADAS. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS MORALES

Sumamente interesante nos parece la STS de 1 de abril de 2003, Ar. 3662, en la que dos policías municipales solicitan indemnización por los perjuicios económicos, profesionales y morales derivados de la anulación por acuerdo municipal de su nombramiento como cabos, acordada en ejecución de una sentencia que anuló el acuerdo por el que se aprobaron las bases de la convocatoria del concurso-oposición. La anulación de dicha convocatoria estuvo motivada por entender ilegal la previsión de un informe confidencial al que se anudaba una alta baremación (y que favoreció a los ahora reclamantes). Tras la anulación, se volvieron a convocar oposiciones, y uno de los reclamantes obtuvo plaza, pero no así el otro, que se retiró antes de la prueba teórica.

El Tribunal Supremo analiza la efectividad de los daños alegados. Se alegan perjuicios económicos (por los gastos de estudio y preparación, y por el lucro cesante correspondiente a la diferencia retributiva entre la plaza que ocupaban y la obtenida en el concurso luego anulado, en pagos mensuales mientras permanezcan en la función pública, o bien en un solo pago) y morales, incluida la depresión en la que les sumió la anulación, y por la que fueron dados de baja durante poco más de un mes. Estima que el perjuicio económico (calculado a razón de dos horas diarias de estudio durante un año, y por el valor habitualmente atribuido a las horas de trabajo extraordinarias), “carece de base, siendo contraria también a la naturaleza de las cosas. Porque, el concurrir o no a unas pruebas selectivas es una opción libremente hecha que presupone la asunción voluntaria de la necesidad de hacer un esfuerzo: dedicar un tiempo determinado a preparar el programa, en detrimento, incluso, como es aquí el caso, del tiempo de ocio, y asumiendo también el riesgo de que ese esfuerzo no culminase con la finalidad perseguida”. En cuanto al lucro cesante, la pretensión de un complemento mensual hasta la jubilación correspondiente a la diferencia de categoría o, en su caso, de un elevado pago único, se califica de “desorbitada” y, además, no tiene en cuenta que el Ayuntamiento les mantuvo en el puesto hasta la anulación y posteriormente buscó mecanismos –interinidad, convocatoria de nuevas oposiciones– para remediar el daño (aunque, recuérdese, uno de los recurrentes se retiró de la nueva convocatoria). Finalmente, y en cuanto al daño moral, se valora por los reclamantes en una cantidad muy elevada (diez millones de pesetas), esto es, más del

triple de la retribución anual, y la depresión sufrida tuvo una escasa duración, siendo además incierta su relación con la anulación de la plaza. No obstante, se reconoce que ha habido daño moral, con repercusiones familiares y profesionales, por lo que se concede una indemnización a tanto alzado de 500.000 ptas. a cada uno de ellos.

Todas estas afirmaciones en cuanto a la realidad y a la cuantía de los daños nos parecen más o menos opinables, si bien ha de admitirse que, en casos como éste, hay siempre un elevado componente subjetivo en la apreciación. Lo que nos parece más discutible es la puntualización que el Tribunal Supremo pone empeño en añadir:

“Y debemos decir –por subrayar la singularidad del caso, que en modo alguno consideramos generalizable a otros supuestos de anulación de nombramientos de funcionarios subsecuente a la anulación de las bases de la convocatoria– que en esta convicción a la que ha llegado nuestra Sala ha resultado determinante la singularidad misma del vicio de que adolecía la convocatoria, y por la que ésta fue anulada.”

La finalidad de este *obiter dictum* es clara, y radica en un intento de evitar que pueda consagrarse como principio general que la anulación de nombramientos de funcionarios resultante de la anulación de la convocatoria da derecho a indemnización, con todo el potencial de reclamaciones que un principio tal puede comportar. Sin embargo, a nuestro juicio, no compete a los tribunales encauzar los efectos que un pronunciamiento pueda surtir en la jurisprudencia futura. Claro es que una sentencia es siempre una respuesta a un caso concreto y que, por tanto, el recurso a la jurisprudencia precedente tiene siempre que partir de ese dato para detectar las similitudes y diferencias entre un supuesto y otro, sea para asumir los principios resultantes del precedente judicial, sea incluso para separarse de ellos, pese a existir una similitud de presupuestos. Pero lo que no resulta adecuado, nos parece, es que una sentencia trate de afirmarse como pronunciamiento singular no susceptible de marcar una línea jurisprudencial. Máxime, si se nos permite añadir, en un caso como el comentado, en que la llamada “singularidad” del caso más bien podría conducir a excluir la indemnización (se trataba, como parece deducirse del *factum*, de sendas convocatorias diseñadas “a medida” de los reclamantes). Y, en todo caso, la posición de los reclamantes no dibuja, antes al contrario, una situación más inicua de la que puede derivar de cualquier otra anulación de oposiciones para aquellos que ven revocado su nombramiento.

6. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y PROCEDIMIENTO. DISTINCIÓN ENTRE ÓRGANO COMPETENTE PARA INICIAR E INSTRUIR EL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA Y ÓRGANO COMPETENTE PARA RESOLVERLO EN EL CASO DE ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO

La STS de 6 de mayo de 2003, Ar. 4208, resuelve una cuestión que hasta el presente apenas ha hecho aparición en estas crónicas, como es la del órgano administrativo competente para resolver las reclamaciones de responsabilidad dirigidas contra Entidades de Derecho Público, en este caso, el INSALUD.

IX. Responsabilidad Administrativa

La sentencia tiene su origen en una cuestión positiva de competencia suscitada entre la Sala de lo contencioso de un Tribunal Superior de Justicia y la Sala de igual orden de la Audiencia Nacional para conocer de una acción de responsabilidad derivada de daños médicos supuestamente producidos en un hospital dependiente del INSALUD. La demanda se interpuso el 24 de diciembre de 1997, por lo que conforme a la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de la Jurisdicción de 1998, que entró en vigor el 14 de diciembre de ese año, ha de continuar sustanciándose conforme a las normas que regían en dicha fecha de interposición.

Conviene, como hace la propia sentencia, comenzar por analizar el marco normativo.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 142.2 Ley 30/1992 (no modificado por la Ley 4/1999):

“Los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán, por el Ministro respectivo, el consejo de Ministros si una Ley así lo dispone o por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las Entidades que integran la Administración Local. Cuando su norma de creación así lo determine, la reclamación se resolverá por los órganos a los que corresponda de las Entidades de Derecho público a que se refiere el artículo 2.2 de esta Ley.”

Por su parte, el art. 3.1 del RD 429/1993, de 26 de marzo, de procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial establece que:

“1. En cada Administración pública son órganos competentes para iniciar e instruir los procedimientos previstos en este Reglamento los que resulten de las normas que sobre atribución y ejercicio de competencias están establecidas en el capítulo I del Título II de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas, serán órganos competentes para iniciar e instruir los procedimientos los que cada entidad determine en aplicación de las normas de atribución de competencias previstas en su norma de creación.

2. Son órganos competentes para resolver los procedimientos administrativos previstos en este Reglamento los que se establecen en el artículo 142.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo común.”

En el caso de autos, el reclamante había dirigido genéricamente su reclamación en vía administrativa al INSALUD, organismo adscrito al Ministerio de Sanidad, y no había obtenido respuesta. Conforme a la Disposición Adicional Primera.5.a) del RD 1415/1994, de 25 de junio, corresponde a la Vicesecretaría General del INSALUD la iniciación, instrucción y tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial de dicho Instituto con arreglo a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y a su Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, sin que se atribuya a algún órgano del INSALUD la resolución de dichos procedimientos.

Del conjunto normativo deduce el TS que la competencia de la Vicesecretaría no se extiende a la resolución de los procedimientos, ya que la Ley 30/1992 y el RD 429/1993 establecen una clara distinción entre el órgano competente para la iniciación e instrucción y el encargado de la resolución, por lo que ésta compete al Ministro de Sanidad, al que hay que imputarle la denegación por silencio, con independencia de que el escrito de reclamación se dirigiera al INSALUD.

EMILIO GUICHOT

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Bases constitucionales del empleo público. Bases de la legislación estatal del régimen estatutario de los funcionarios públicos. No todas sus previsiones afectan a la regulación establecida por la legislación foral navarra.

3. Instrumentos de gestión del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Relaciones de puestos de trabajo. A) Plantillas orgánicas reguladas por la legislación

foral navarra. Naturaleza asimilada a las relaciones de puestos de trabajo. No tienen

naturaleza de fuentes del Derecho. B) Reserva de puestos de trabajo a funcionarios

con conocimiento de la lengua autonómica. Utilización y fomento del vascuence en

Navarra. **4. Acceso.** A) Sistemas de acceso. Carácter excepcional del concurso-oposición.

Elección injustificada de dicho sistema en atención a la naturaleza y a las funciones del

puesto a cumplir. B) Exigencia de previa determinación normativa de los méritos y de

los criterios de valoración de los mismos que exigen para el acceso a la función públi-

ca. C) Exclusión injustificada de determinados titulados para el acceso a plaza de

Técnico de Gestión. **5. Derechos individuales. Derecho a la permanencia en la función.**

A) El desempeño de la función pública sin discriminación forma parte del contenido

del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos del artículo 23.2 de

la Constitución. **6. Derechos colectivos.** A) Libertad sindical. a) No debe confundirse el

derecho del sindicato a formar una sección sindical con la legitimación para formar

parte de los órganos en los que se reside la negociación colectiva. B) Negociación

colectiva. a) La negociación colectiva es algo más que el acuerdo final a que se llegue,

abarcando también la propia actuación negociadora. b) Al ser las pagas extraordinarias

retribuciones básicas, no resulta ajustado a derecho que su composición sea pactada en

el Acuerdo de Funcionarios. c) La formalización de la protección respecto a las contin-

gencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional de los funcionarios debe ser

objeto de negociación colectiva. **7. Situaciones administrativas.** A) Los funcionarios de

carrera de la Administración Civil del Estado transferidos a las Comunidades

Autónomas que hayan ingresado voluntariamente en Cuerpos o Escalas propios de la

Comunidad Autónoma de destino no tienen derecho a exigir su mantenimiento en el régimen de MUFACE. **8. Derechos económicos.** A) Reconocimiento de servicios previos. a) La antigüedad ha de ser entendida como duración de la relación de servicios y no como duración o modalidad de la jornada. b) La denegación de trienios al “interino estable” o de larga duración no tiene justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución. B) Complemento específico. a) La calificación de un puesto de trabajo como “incompatible” no determina por sí misma la obligatoriedad de la Administración de asignarle el complemento específico correlativo a esa declarada incompatibilidad. b) Dado que el complemento específico va unido al desempeño de un puesto de trabajo, ha de ser retribuido hasta tanto no se produzca el cese en el mismo. C) Complemento de destino. a) La igualdad en el desempeño de las funciones del puesto de trabajo determina la equiparación de las retribuciones por aplicación del contenido constitucional del artículo 14. **9. Régimen disciplinario. Faltas disciplinarias.** A) Falta de obediencia debida a superiores y autoridades. Exige orden concreta, clara y precisa del superior. B) Falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave. Conducta omisiva que incida negativamente en la marcha del servicio.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En este número de la revista *Justicia Administrativa* hemos realizado una recopilación de las sentencias más importantes dictadas por los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo en materia de función pública desde abril hasta octubre del presente año. Si alguna de ellas merece destacarse, aunque sólo sea por la audacia de su pronunciamiento, es la del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Granada de 19 de septiembre de 2003, en la que se reconoce a los funcionarios interinos “estables” o de larga duración el derecho a la percepción de trienios. En otras sentencias, como la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 2 de junio de 2003, se realiza ya una aplicación del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, lo que permite al Tribunal negar a un funcionario transferido que ha accedido voluntariamente a un nuevo Cuerpo en la Comunidad Autónoma el derecho a mantenerse en el régimen de MUFACE.

2. BASES CONSTITUCIONALES DEL EMPLEO PÚBLICO. BASES DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL DEL RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. NO TODAS SUS PREVISIONES AFECTAN A LA REGULACIÓN ESTABLECIDA POR LA LEGISLACIÓN FORAL NAVARRA

El Decreto Foral Navarro 139/2001, de 4 de junio, modificó el Decreto Foral 347/1993, de 22 de noviembre, por el que se regula el ingreso y provisión de puestos de trabajo en el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, añadiendo un nuevo apartado 4 al art. 21 de esta norma que, en la regulación de la convocatoria de concurso de méritos, incluye también la convocatoria del correspondiente concurso de traslado de ámbito nacional, precisando el porcentaje de plazas que serán ofertadas a dicho concurso de traslado de ámbito nacional y el personal que podrá participar en tales concursos.

El Decreto 139/2001, de 4 de junio, fue impugnado entendiendo la actora que no respetaba la normativa básica estatal, que se vulneraba el principio de libre circulación del personal sanitario y que fijaba un límite de tiempo ilegal para el cómputo de los méritos tenidos en cuenta, así como para la acreditación de los requisitos necesarios para la incorporación al servicio activo. La **STSJ de Navarra de 30 de abril de 2003**, Ar. 801, desestima dicho recurso. Respecto de la alegada vulneración de la legislación estatal básica —Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y Ley 30/1984—, por considerar que el Decreto impugnado infringía el principio de libre circulación del personal sanitario y fijaba un límite de tiempo ilegal para la valoración de los méritos tenidos en cuenta, así como para la acreditación de los requisitos necesarios para la incorporación al servicio activo, entiende la Sala que el requisito exigido por el Decreto Foral de haber completado un año de servicios con plaza en propiedad en el destino desde el que se opta con antelación a la finalización del plazo establecido en la convocatoria para la presentación de solicitudes, no parece contradecir la normativa básica estatal ni precepto alguno de la legislación foral navarra.

Tampoco aprecia la Sala vulneración del derecho de libre circulación de los profesionales por el hecho de que se limite a un 10 por ciento el número de plazas reservadas a concurso de ámbito estatal, pues dichos profesionales podrán circular según les interese.

Cuestión distinta es que en lo relativo al personal sanitario estatutario, laboral y funcional del Servicio Navarro de Salud, ha de estarse a las reglas del juego establecidas, que son las de Navarra. Y ocurre que, en virtud de las prerrogativas constitucionales atribuidas al Territorio Foral de Navarra, no todas las previsiones de la legislación estatal relativas al régimen estatutario de los funcionarios públicos despliegan un efecto limitativo sobre la normativa foral, sino sólo aquellas que, precisamente, sean relativas a derechos y obligaciones esenciales.

3. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. RELACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO

A) Plantillas orgánicas reguladas por la legislación foral navarra. Naturaleza asimilada a las relaciones de puestos de trabajo. No tienen naturaleza de fuentes del Derecho ni pueden modificar el ordenamiento jurídico

Pese a que la jurisprudencia haya atribuido a las relaciones puestos de trabajo el carácter de disposiciones generales a los efectos de su impugnación en vía judicial, en realidad, no son verdaderos reglamentos, sino actos plúrimos con destinatarios indeterminados.

De ahí deriva que las relaciones de puestos de trabajo –plantillas en el ámbito normativo navarro– tengan un ámbito material de regulación limitado a la configuración de puestos de trabajo.

Así se pronuncia la STSJ de Navarra de 28 de julio de 2003, Ar. 830, que niega que dicho instrumento constituya una fuente alternativa de producción normativa con capacidad para modificar el resto del ordenamiento jurídico ni, particularmente, los preceptos de la Ordenanza reguladora de la utilización y fomento del vascuence en el Ayuntamiento de Pamplona.

B) Reserva de puestos de trabajo a funcionarios con conocimiento de la lengua autonómica. Utilización y fomento del vascuence en Navarra

De conformidad con el art. 17 de la Ley Foral 18/1986, de 15 de diciembre, que regula el uso del vascuence en la zona mixta, “todos los ciudadanos tienen derecho a usar tanto el vascuence como el castellano para dirigirse a las Administraciones Públicas de Navarra”. Para la garantía de este derecho, dichas Administraciones podrán optar por especificar en la oferta pública de empleo de cada año las plazas para acceder a las cuales sea preceptivo el conocimiento del vascuence, o bien valorar como mérito el conocimiento de dicha lengua para el acceso al resto de plazas. En desarrollo del citado precepto de la Ley 18/1986, la Ordenanza Reguladora de la utilización y fomento del vascuence en el ámbito del Ayuntamiento de Pamplona, determina los puestos que deben reservarse a funcionarios con conocimiento de la lengua en cuestión.

Frente al criterio de la actora, la STSJ de Navarra de 28 de julio de 2003, Ar. 830, considera que la Plantilla Orgánica Municipal aprobada por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Pamplona ha contemplado una dotación suficiente de personal con conocimiento de vascuence, que no vulnera la mencionada Ordenanza Reguladora de la utilización y fomento del vascuence en el ámbito de la Administración en cuestión.

A diferencia de lo dispuesto por la Ley 18/1986 para la zona vascófona, donde los ciudadanos tienen derecho a usar tanto el vascuence como el castellano en sus relaciones con las Administraciones Públicas y a ser atendidos en la lengua oficial que elijan, en la zona mixta los ciudadanos no pueden exigir ser atendidos en las Administraciones

Públicas en lengua vascuence, pues no les asiste otro derecho que el poder dirigirse a tales Administraciones en vascuence.

Dado que las Administraciones Públicas de la zona mixta pueden exigir a los interesados la traducción al castellano o utilizar los servicios de traducción previstos por la Ley 18/1986, la STSJ de Navarra de 28 de julio de 2003 concluye considerando que la plantilla impugnada crea un nivel de plazas suficientes para el ejercicio del derecho al uso del vascuence, habida cuenta que el Ayuntamiento de Pamplona dispone al efecto de una potestad de auto-organización que le permite determinar el nivel de plazas y puestos a crear, de modo que los servicios de su competencia puedan ser atendidos de manera eficiente.

4. ACCESO

A) Sistemas de acceso. Carácter excepcional del concurso-oposición. Elección injustificada de dicho sistema en atención a la naturaleza y a las funciones del puesto a cumplir. Plaza de Técnico de Administración

El art. 2 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, determina como sistema ordinario para el ingreso en la función pública local el de oposición, configurando con carácter excepcional los de concurso-oposición y concurso, en la medida en que sólo están previstos para los supuestos en que el recurso a los mismos resulte más adecuado “por la naturaleza de las plazas o funciones a desempeñar”. En este mismo sentido se han pronunciado el art. 4 del Real Decreto 2223/1984, regulando el acceso a los Cuerpos y Escalas de Funcionarios de la Administración Civil del Estado, y el art. 19 de la Ley 30/1984, en cuya virtud los procedimientos de selección cuidarán de manera especial la relación entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación a los puestos de trabajo que deban desempeñarse.

En aplicación de la normativa referida, la STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de mayo de 2003, Ar. 817, declara la nulidad de la convocatoria del procedimiento de selección para el acceso a una plaza de técnico de gestión de la Diputación Provincial de Albacete, ya que la naturaleza del puesto a cumplir y las funciones del mismo en modo alguno justifican el método selectivo elegido. Por lo demás, tampoco dicho método facilita la mejor valoración de la experiencia en la Administración que pueda redundar en un mayor beneficio para el funcionamiento del servicio.

B) Exigencia de previa determinación normativa de los méritos y de los criterios de valoración de los mismos que exigen para el acceso a la función pública. No cabe la fijación de los mismos mediante un acto administrativo

La Comunidad Autónoma de Canarias interpuso recurso de casación en interés de Ley contra la STSJ de Canarias (Gran Canaria) de 19 de febrero de 2001, que confirmó en apelación la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de las Palmas de Gran Canaria, desestimatoria del recurso contra Resolución del Servicio Canario de Salud sobre aprobación de las bases generales comunes que han de regir las pruebas selectivas para la cobertura de plazas básicas de determinados facultativos especialistas. La actora pretende que el Tribunal Supremo fije la siguiente doctrina: “Las Bases

de las convocatorias de un proceso de selección para el acceso a la función pública por el sistema de concurso u oposición pueden establecer tanto los méritos que han de ser valorados en la fase de concurso, como los criterios para su ponderación sin necesidad de una ley previa o de un Reglamento de desarrollo de ésta que fije cuáles son esos méritos y cómo han de cuantificarse”.

Sin embargo, la STS de 18 de julio de 2003, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 6116, declara no haber lugar a dicho recurso de casación en interés de ley. A tal efecto, señala el Tribunal Supremo que la definición y valoración de los méritos establecidos para el acceso a la función pública constituyen un elemento esencial para la garantía de los principios de mérito y capacidad en los procesos selectivos (arts. 23 y 103.3 CE). Por ello, es necesario que la definición y la valoración de los méritos se establezca en una regulación normativa, por lo que dicha labor no puede cumplirse mediante un simple acto administrativo, pues es jurisprudencia reiterada la que afirma que las convocatorias de pruebas selectivas tienen naturaleza de actos administrativos plúrimos y no de disposiciones generales. Por otro lado, tampoco la posibilidad de que un Reglamento confíe al acto concreto de aprobación de las bases y la convocatoria la fijación de tales criterios.

Por todo ello, la STS de 18 de julio de 2003 concluye afirmando la necesidad de una ley o norma reglamentaria previa que dote a los baremos y a las convocatorias de la debida certeza y seguridad jurídica.

C) Exclusión injustificada de determinados titulados para el acceso a plaza de Técnico de Gestión

La STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de mayo de 2003, Ar. 817, declara contrario a derecho el requisito de titulación exigido por las bases de la convocatoria del concurso-oposición para el acceso a una plaza de Técnico de Gestión, que admite únicamente a los Diplomados en Ciencias Económicas, excluyendo la participación en el proceso selectivo de los Diplomados en Derecho o Ciencias Políticas. La Sentencia señalada basa su fallo en los temas exigidos por la convocatoria, que son todos ellos de contenido jurídico.

5. DERECHOS INDIVIDUALES. DERECHO A LA PERMANENCIA EN LA FUNCIÓN

A) El desempeño de la función pública sin discriminación forma parte del contenido del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos del artículo 23.2 de la Constitución

La STS de 16 de mayo de 2003, Ar. 4084, ha estimado el recurso de casación interpuesto por una funcionaria del Ayuntamiento de León. Dicho Ayuntamiento mediante un acuerdo de su Pleno modificó la relación de puestos de trabajo del personal a su servicio, precisando las funciones atribuidas a los puestos de Secretario y Vicesecretario, atribuyéndoles la dirección inmediata, entre otros, de los Servicios de Gestión de Obras y Urbanismo, cuya Jefatura y Dirección ostentaba hasta entonces la funcionaria recurrente.

Esta decisión suscitó la interposición de un recurso por el cauce del procedimiento previsto en la Ley 62/1978 al invocarse la violación del derecho fundamental establecido en el art. 23.2 de la Constitución, que fue desestimado por el TSJ de Castilla-León. Al respecto, la STS aclara que forma parte del contenido del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos del art. 23.2 de la Constitución el desempeño de la función pública sin discriminación. En efecto, entiende la Sala que “no cabe sostener, como se hace en la sentencia, que la modificación de la relación de puestos de trabajo, en cuanto precisaba las funciones de los puestos de Secretario, Vicesecretario y las del de Jefatura del Servicio de Gestión de Obras y Urbanismo, no mermaba para nada los derechos del funcionario que ocupara la Jefatura, dado que al atribuir a la Secretaría y Vicesecretaría las funciones de dirección inmediata del Servicio, que antes se atribuía a quien ocupara la Jefatura, viene a interponer entre éste y los órganos decisorios municipales al funcionario que ocupe esos otros cargos o puestos de Secretaría y Vicesecretaría; lo que ineludiblemente ha de influir en el ámbito objetivo de las competencias y funciones de la jefatura y en las atribuciones del funcionario que tengan su titularidad del puesto”.

6. DERECHOS COLECTIVOS

A) Libertad sindical

a) No debe confundirse el derecho del sindicato a formar una sección sindical con la legitimación para formar parte de los órganos en los que se residencia la negociación colectiva

La STSJ del País Vasco de 22 de abril de 2003, Ar. 181656, se pronuncia sobre el recurso interpuesto por el Sindicato Vasco de Policía, SVP, contra la resolución dictada por el Concejal Delegado de Servicios de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Bilbao por la que se aprobaba la constitución de la mesa de negociación en dicho Ayuntamiento excluyendo de la misma al sindicato apelante.

Al respecto, el Tribunal vuelve a recordar que, tanto los arts. 30 y 31 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, como el art. 102 de la Ley de Función Pública Vasca, 6/1989, de 6 de julio, establecen que “la participación de los funcionarios en la determinación de sus condiciones de trabajo se efectuará a través de las mesas de negociación que al efecto se establezcan, en las que estarán presentes los representantes de la Administración y las organizaciones sindicales que tengan la condición de más representativas, así como los sindicatos que hayan obtenido el diez por ciento o más de los representantes en las elecciones para Junta de Personal”. Todo ello permite a la Sala concluir sobre la necesidad de distinguir el derecho a formar una sección sindical, que ampararía al sindicato recurrente, con la legitimación para formar parte de los órganos en los que se residencia la negociación, que está reservada estrictamente a las organizaciones sindicales que la Ley 11/1985 define en sus arts. 6 y 7 como sindicatos más representativos.

B) Negociación colectiva**a) La negociación colectiva es algo más que el acuerdo final a que se llegue, abarcando también la propia actuación negociadora**

La STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de mayo de 2003, Ar. 815, se ha pronunciado sobre la naturaleza y contenido de la negociación colectiva funcional. Entre otras varias cuestiones, el sindicato impugnante, ASI, recurre diversas decisiones del Ayuntamiento de Albacete en las que se les había negado la posibilidad de estar presentes en una comisión de seguimiento del convenio.

La Sala reconoce que, efectivamente, existe una doctrina jurisprudencial según la cual, en caso de la creación de comisiones de seguimiento, sólo es obligada la asistencia a las mismas de los sindicatos firmantes del acuerdo de cuyo seguimiento se trata. Ahora bien, en este caso, y a pesar de que el sindicato ASI no había firmado dichos acuerdos, el Tribunal reconoce que el Ayuntamiento ha optado por una singular forma de aprobar el catálogo de puestos de trabajo, que incluye la previsión de una modificación ulterior del mismo mediante la sustitución de ciertas productividades por complementos específicos. Ello le permite deducir que “la materia sobre la que versaron las reuniones y el acuerdo finalmente adoptado y sancionado por el Alcalde no es un ‘mero seguimiento’ de un catálogo, sino la regulación de una parte del mismo, propia de su misma esencia, que había sido dejada indefinida y delegada para su ulterior fijación”.

Esta argumentación permite a la sala estimar el recurso interpuesto por vulneración del derecho a la libertad sindical del sindicato ASI, toda vez que la negociación efectiva de la materia se realizó en una serie de reuniones acotadas a las que no se le dejó asistir, relegándole a dar su aprobación o no al acuerdo ya alcanzado con los otros sindicatos a través de las citadas reuniones previas. Y ello porque “la negociación colectiva es algo más que el acuerdo final a que, en su caso, aquélla pueda conducir, consistiendo antes que en éste, en la propia actuación negociadora y en las deliberaciones por medio de las que se va realizando”.

b) Al ser las pagas extraordinarias retribuciones básicas, no resulta ajustado a derecho que su composición sea pactada en el Acuerdo de Funcionarios

La STSJ de Andalucía de 15 de julio de 2003, Ar. 225354, se ha pronunciado sobre la eficacia de un acuerdo-convenio colectivo de los trabajadores municipales del Ayuntamiento de Torremolinos en el que se había previsto el pago en los meses de junio y diciembre de una paga extraordinaria comprensiva de “una mensualidad íntegra”. El funcionario recurrente solicitó en aplicación de dicho acuerdo que le fueran reintegrados los conceptos retributivos de jornada superior, plus de nocturnidad y plus de festivos.

Pues bien, la Sala desestima su pretensión alegando básicamente dos motivos. El primero de ellos radica en la falta de eficacia del acuerdo-convenio por no haber sido publicado en el Boletín Oficial de la Provincia y por no reunir, por tanto, el requisito de su publi-

cación que exige el art. 36 de la Ley 9/1987, en concordancia con el art. 79.2 de la Ley 7/1985, privándolo de la debida fiscalización tanto de la Junta de Andalucía como de la Administración del Estado. Y ello porque, “aunque los pactos y acuerdos sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y los convenios colectivos del personal laboral, fruto de la negociación colectiva, no son reglamentos u ordenanzas, dada su específica materia y diferente procedimiento para su elaboración y preparación, no cabe duda que constituyen verdaderas normas que vinculan a los firmantes y al personal incluido en su ámbito de aplicación, si bien su eficacia queda demorada a su publicación en los diarios o boletines oficiales”. Ante ello, recuerda la Sala que el funcionario recurrente debería haber impugnado la inactividad de la Administración por la falta de publicación del acuerdo.

El segundo de los motivos se refiere a la naturaleza de las pagas extraordinarias. Así, dirá la Sala que “al ser las pagas extraordinarias retribuciones básicas a las que también se aplica el art. 24.1 de la Ley 30/1984 su cuantía estará integrada por una mensualidad del sueldo y los trienios. No es ajustado a derecho, así pues, la composición de las pagas extraordinarias pactada en el Acuerdo de Funcionarios, ni entender que el art. 23.2.c) de la Ley 30/1984 fija sólo el importe mínimo pudiéndose negociar las cuantías máximas por las Corporaciones y sus funcionarios”. Según interpreta el Tribunal, “la expresión ‘importe mínimo’ indicada en el art. 23.2.c) de la Ley, no debe interpretarse en el sentido de que puede incrementarse con retribuciones complementarias sino que puede ser por mayor cantidad que ‘una mensualidad de sueldo y trienios’, es decir, por ejemplo, por importe de dos mensualidades de sueldo. Lo que ocurre es que esta posibilidad debería ajustarse a los límites de incremento retributivo fijado en las Leyes Presupuestarias”.

c) La formalización de la protección respecto a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional de los funcionarios debe ser objeto de negociación colectiva

La STS de 23 de junio de 2003, Ar. 4444, ha considerado la obligatoriedad de negociar la regulación de las condiciones en que ha de llevarse a cabo la protección de las contingencias de enfermedad profesional y accidente de trabajo que puedan sufrir los funcionarios de la Administración autonómica vasca. Y ello por considerar que afecta de modo directo al tema de salud laboral, a la materia asistencial y, en todo caso, al ámbito de las relaciones de los funcionarios públicos y sus organizaciones sindicales con la Administración.

Por otra parte, razona el Tribunal que la Administración ciertamente ostenta un derecho de tutela sobre dicha materia, pero sin que se organicen o estructuren unidades administrativas del Gobierno Vasco o se disponga cómo debe ser su funcionamiento a través de preceptos organizativos. Desestima así el recurso de casación presentado, entre otros, por el Gobierno vasco, en el que, entre múltiples motivos, se intentaba argumentar la exclusión de la negociación por tratarse de una materia puramente organizativa. Confirma, pues, el TS la sentencia dictada por el TSJ del País Vasco que había anulado el Decreto por el que se había regulado esta materia sin previa negociación.

7. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

A) Los funcionarios de carrera de la Administración Civil del Estado transferidos a las Comunidades Autónomas que hayan ingresado voluntariamente en Cuerpos o Escalas propios de la Comunidad Autónoma de destino no tienen derecho a exigir su mantenimiento en el régimen de MUFACE

En el presente caso, el funcionario recurrente había pasado por promoción interna al Cuerpo de Ayudantes Técnicos de la Junta de Andalucía, lo que motivó una resolución de la Administración autonómica en la que se le dio de baja en MUFACE y se incluyó en el régimen General de la Seguridad Social, por haber accedido a un nuevo Cuerpo de la Junta de Andalucía y encontrarse en situación de excedencia voluntaria en la Administración General del Estado, de la que fue transferido en su día.

La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Almería estimó la pretensión del recurrente declarando su derecho a permanecer en el régimen de previsión de MUFACE en aplicación de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 30/1984, a cuyo tenor, “los funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas continuarán con el sistema de Seguridad Social o de previsión que tuvieran originariamente, asumiendo las mismas todas las obligaciones del Estado o de la Corporación Local correspondiente en relación con los mismos”. A partir de ahí, había estimado el Magistrado que “en modo alguno puede reputarse como de nuevo ingreso en la Administración autonómica el acceso a un Cuerpo o Escala distintos a aquellos a los que se incorporaron los transferidos, por lo que el acceso a una función distinta dentro de la misma Administración no puede comportar la pérdida de un derecho adquirido, ni restringir las expectativas de ascenso dentro de la Administración Autonómica”.

Pues bien, contra dicha sentencia el Letrado de la Junta de Andalucía interpuso un recurso de apelación que ha sido estimado por la STSJ de Andalucía, de 2 de junio de 2003, tras considerar que la pertenencia del recurrente a MUFACE no puede ser considerada como un derecho adquirido y consolidado del funcionario, sino como una mera expectativa de permanencia de la especial situación contemplada al respecto en el momento del arranque del proceso autonómico de nuestro país y que, por tanto, puede ser modificada por el legislador. Y esto es lo que ha ocurrido con el art. 3.2.g) del RD Legislativo 4/2000, en cuya virtud, quedan excluidos del régimen de MUFACE “y se regirán por sus normas específicas, los funcionarios de carrera de la Administración Civil del Estado transferidos a las Comunidades Autónomas, que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en Cuerpos o Escalas propios de la Comunidad Autónoma de destino, cualquiera que sea el sistema de acceso”.

8. DERECHOS ECONÓMICOS

A) Reconocimiento de servicios previos

a) La antigüedad ha de ser entendida como duración de la relación de servicios y no como duración o modalidad de la jornada

La STSJ de Navarra de 13 de junio de 2003, Ar. 211763, se pronuncia sobre el recuso de apelación interpuesto por una funcionaria cuyo objeto último no era otro que la valoración que había realizado el Gobierno de Navarra sobre reconocimiento de antigüedad. La Sala estima el recurso de apelación presentado al entender que la norma foral interpretada, al referirse a los servicios prestados, no se refiere a los prestados a tiempo completo, y tampoco contiene ninguna disposición que ampare el cómputo de servicios *pro rata temporis*, sino que se refiere a que la certificación expresará los servicios prestados por años, meses y días (no por horas).

Ello le permite a la Sala concluir que “a efectos de antigüedad no cabe distinguir entre jornada completa y a tiempo parcial o entre períodos de actividad y períodos de descanso. Cualquier cómputo que se aparte del criterio general, consustancial al concepto de antigüedad, requiere una regulación específica, pues hay que determinar la fórmula de cómputo a efectos de acreditación y reconocimiento”.

b) La denegación de trienios al “interino estable” o de larga duración no tiene justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución

La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Granada de 19 de septiembre de 2003, Ar. 704, ha intentado buscar una solución equitativa y razonable para el problema de los interinos de larga duración, aunque dudosamente compatible con la legislación estatal y la jurisprudencia, y más concretamente, con la Ley andaluza de ordenación de la Función Pública 6/1985, de 28 de noviembre, cuyo art. 48.1 establece con gran claridad que “los interinos percibirán las retribuciones que se deriven del puesto de trabajo que ocupen, sin que en ningún caso tengan derecho a la consolidación ni percepción de trienios”.

En este caso concreto la recurrente llevaba prestando sus servicios de manera ininterrumpida para la Administración demandada más de trece años por lo que, a juicio del Magistrado, ello supone “una desnaturalización de su figura de funcionaria interina, transformándose, por así decirlo, en otra clase de relación de servicios, no prevista legalmente, pero que ha venido a denominarse de ‘interinidad estable’, expresión que, en sí misma, constituye una *contradictio in terminis*, pero que encontraría su origen en los Acuerdos de Estabilidad firmados por la Junta de Andalucía con los Sindicatos, al ser el colectivo de los funcionarios interinos acogidos al Acuerdo de Estabilidad, ampliado por el de Modernización, el principal colectivo que debe ver resuelta su situación; clase de funcionario público que estaría a medio camino del funcionario de carrera y del auténtico interino”.

En definitiva, apoyándose en la doctrina fijada por la STC de 24 de julio de 2000 que, recordemos, reconoció a los funcionarios interinos su derecho a disfrutar de una exce-

dencia para el cuidado de hijos, ha considerado el Magistrado de lo Contencioso-administrativo de Granada que en este caso “la justificación de trato diferenciado pierde fundamento cuando se aplica a una persona, como la recurrente, cuya vinculación de servicio con la Administración supera los trece años, haciendo efectivo, de este modo, el principio de ‘a igual trabajo, igual remuneración’, pues salvo el sistema de acceso, las circunstancias que justifican el distinto trato no existen, haciendo irreconocible, materialmente, en la recurrente, la condición de interina”.

B) Complemento específico

a) La calificación de un determinado puesto de trabajo como “incompatible” no determina por sí misma la obligatoriedad de la Administración de asignarle el complemento específico correlativo a esa declarada incompatibilidad

En el presente caso se trata de determinar la discrecionalidad de la Administración para la atribución del complemento específico.

Un funcionario de la Diputación de Albacete había accedido a una plaza de ingeniero industrial a través de las correspondientes pruebas selectivas en el año 1982, en las que se decía que la plaza era incompatible con cualquier otra actividad pública o privada remunerada, por lo que se le asignaba un complemento de dedicación exclusiva. En el año 1991 se aprueba un nuevo catálogo de puestos de trabajo en el que, a pesar de mantener la incompatibilidad, se suprime la compensación económica, lo que motiva la reclamación del funcionario. Ante la desestimación del recurso por el TSJ de Castilla-La Mancha, el funcionario interpone un recurso de casación que es resuelto finalmente por la STS de 20 de junio de 2003, Ar. 6142.

El TS vuelve a reproducir la doctrina sentada al respecto, entre otras en su Sentencia de 11 de marzo de 1994, en virtud de la cual no procede imponer a la Administración el llenar de contenido el concepto de incompatibilidad cuando ésta no deriva en sí de concretas y específicas características objetivas apreciadas en el puesto de trabajo, sino de la aplicación del régimen general en materia de incompatibilidades de los funcionarios, tomando como referencia la prohibición establecida en el art. 16.4 de la Ley 53/1987. Recuerda, asimismo la Sala, que el complemento específico no impone que cada uno de los factores a que se refiere deba tener una repercusión individualizadamente cuantificable en su valoración.

Tras reiterar de nuevo las repercusiones que para el funcionario tiene la naturaleza estatutaria de su relación funcional, insiste el Tribunal en la “potestad de la Administración de valorar los puestos de trabajo con arreglo a criterios temporales, sin quedar vinculada por anteriores criterios de valoración y consiguiente asignación económica, sin perjuicio de los derechos que puedan derivar de una disminución total de devengos de cada concreto funcionario, como consecuencia de la nueva ordenación, que normalmente se remedian acudiendo al sistema de los complementos personales y transitorios”.

Toda esta argumentación le permite desestimar el recurso de casación por entender que “la circunstancia de que un puesto de trabajo esté definido en el catálogo correspondiente como incompatible, no determina por sí misma la obligatoriedad para la Administración de asignarle el complemento específico correlativo a esa declarada incompatibilidad”.

b) Dado que el complemento específico va unido al desempeño de un puesto de trabajo, ha de ser retribuido hasta tanto no se produzca el cese en el mismo

En el presente caso se plantea el problema de dilucidar si el funcionario tiene derecho a seguir percibiendo el complemento específico que recibía en su condición de Jefe de Estudios en un centro escolar tras haberse producido un cambio en la titularidad de dicho centro y haber pasado a ser un centro privado-concertado. Al respecto, la **STSJ de Andalucía de 3 de julio de 2003**, Ar. 225155, estima la pretensión del recurrente al entender que “dicho concepto retributivo va unido al desempeño de un puesto de trabajo, el de Jefe de Estudios de la Escuela Hogar (...) por consiguiente, entre tanto esté desempeñando dicho puesto de trabajo deberá tener derecho a la referida retribución, sin perjuicio del régimen jurídico que tuviere el centro. Y dado que la Administración no ha acreditado en ningún momento el cese del actor en el referido puesto de trabajo, debe seguir abonando al mismo el complemento específico por el desempeño de dicho puesto, hasta tanto cese en el mismo”.

C) Complemento de destino

a) La igualdad en el desempeño de las funciones del puesto de trabajo determina la equiparación de las retribuciones por aplicación del contenido constitucional del artículo 14

La **STS de 22 de julio de 2003**, Ar. 6745, ha desestimado el recurso de casación en interés de la ley interpuesto por la Administración estatal. El Abogado del Estado entendía que la **STSJ de Murcia de 18 de enero de 2002**, Ar. 87143, resultaba gravemente dañosa porque su doctrina entrañaría un perjuicio para los intereses públicos, con efectos de futuro que trascienden el caso definitivamente decidido en la misma.

En la **STSJ de Murcia** se había estimado la pretensión de los funcionarios recurrentes, que consideraban discriminatorio la existencia en la relación de puestos de trabajo del Ministerio de Defensa de dos puestos de trabajo distintos, el de Oficial de Arsenales N15 y el de Oficiales de Arsenales N17 para desarrollar idénticas tareas.

El **TSJ de Murcia** estimó las pretensiones de los reclamantes al resultar acreditado que desempeñaban idénticas funciones que las realizadas por los funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo con los que se comparan, por lo que “la diferente percepción del complemento de destino supone una vulneración del art. 14 de la Constitución y procede asignarles en la relación de puestos de trabajo el nivel 17 del complemento de destino, con el consiguiente reconocimiento del complemento específico al no existir causa justificativa de las diferencias retributivas entre los puestos de trabajo ocupados, lo que constituye una discriminación injustificada que está proscrita por el art. 14 de la Constitución”.

El TS ha desestimado el recurso de casación en interés de ley por considerar que esta doctrina es acertada.

9. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. FALTAS DISCIPLINARIAS

A) Falta de obediencia debida a superiores y autoridades. Exige orden concreta, clara y precisa del superior

La jurisprudencia ha venido señalando que el cumplimiento del deber de obediencia por los funcionarios exige que el superior emita una orden clara y precisa, inteligible, concreta y que tenga relación con la misión que el destinatario ha de cumplir.

En consecuencia, según dispone la **STSJ de Murcia de 9 de mayo de 2003**, Ar. 759, no puede imputarse a un funcionario falta de obediencia debida a los superiores y autoridades [art. 7.1.a) del RRD] por la infracción de normas en las que se concretan sus deberes, pues no se constata en estos casos la existencia de una orden o mandato concreto, claro y preciso, que es la conducta tipificada en el mencionado precepto.

B) Falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave. Conducta omisiva que incida negativamente en la marcha del servicio

La falta sancionada en el art. 7.1.c) del RRD hace referencia a un incumplimiento más o menos habitual de las obligaciones inherentes al cargo que, a su vez, afecta a la marcha regular del servicio. Falta de Programación del Aula y de elaboración del Plan de Acción Tutorial, Enseñanza Primaria.

El incumplimiento por un profesor de enseñanza primaria de sus deberes de programación de aula y de plan de actuación tutorial puede ser incardinado en la falta tipificada por el art. 7.1.c) del RRD. Sin perjuicio de la libertad de criterio y de la metodología docente propia del profesorado, las actividades mencionadas se insertan en el proyecto educativo cuyos objetivos establece la LOGSE. En este sentido, la **STSJ de Murcia de 9 de mayo de 2003**, Ar. 759, declara que el incumplimiento de las obligaciones de programación del aula y del plan de actuación tutorial supone un resultado defectuoso o negativo en la consecución de los objetivos propios del sistema educativo establecido por la LOGSE, que requiere la necesaria coordinación de tareas. Según precisa la STSJ de Murcia de 9 de mayo de 2003, la disminución del rendimiento no se percibe en el aprendizaje de una asignatura concreta por los alumnos de un determinado curso, sino desde la perspectiva global de la plena consecución de los objetivos de la citada Ley en los ciclos correspondientes a la enseñanza primaria.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

BELÉN MARINA JALVO

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

XI. URBANISMO**Sumario:**

1. Planeamiento urbanístico. Nulidad de modificaciones puntuales del PGOU que, en conjunto, suponen una auténtica revisión. 2. Régimen urbanístico del suelo.

3. Ejecución del planeamiento. A) Polígonos de ejecución. B) Sistema de compensación. C) Urbanización consolidada. **4. Otorgamiento de la licencia de obras.**

A) Normativa aplicable en el momento de autorizar una licencia de obras.

B) Concurrencia de la legislación urbanística con normativas sectoriales. **5. Protección de la legalidad urbanística.** A) Obras realizadas sin licencia: acuerdo de demolición de lo ilegalmente construido. B) Competencia de la Comunidad Autónoma para acordar la demolición de una obra ilegal. C) Prescripción de las infracciones derivadas de la realización de obras sin licencia. **6. Revisión de licencia de obra.**

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO. NULIDAD DE MODIFICACIONES PUNTUALES DEL PGOU QUE, EN CONJUNTO, SUPONEN UNA AUTÉNTICA REVISIÓN

La STS de 17 de junio de 2003, Ar. 4606, en línea con la de 16 de junio, Ar. 4603, y otras anteriores, confirma la nulidad de una modificación puntual del PGOU por entender que, como había apreciado el TSJ de Madrid, se trata de modificaciones estrechamente relacionadas entre sí y cuya aprobación supone una alteración de la estructura general y orgánica del territorio de tal entidad que implica un cambio en el modelo territorial vigente y no una simple modificación puntual. Frente al alegato del Ejecutivo madrileño, el TS estima que la Sala de instancia no infringió el art. 156 del Reglamento de Planeamiento:

“Las modificaciones operadas en el Plan General de San Sebastián de los Reyes (OP/1, OP/2 y OP/3) constituyen una auténtica revisión de ese Plan General y no meras modificaciones. En ellas se ha variado la clasificación de suelo en una extensión de 319’25 hectáreas, que de suelo no urbanizable de especial protección (la mayoría, y el resto suelo no urbanizable común) pasa a ser suelo urbanizable con uso de residencia (7.800 nuevas

viviendas) y comercial, siendo ese suelo nuevo urbanizable mayor que el que total suelo urbanizable que proponía el Plan de 1985, y el porcentaje de incremento de usos para viviendas en las modificaciones OP/1 y OP/2 muy superior al previsto en el Plan de 1985. A ello se une la creación de un gran parque urbano de protección de la Dehesa Royal en las OP/1 y OP/2, la reestructuración de las infraestructuras en un gran pasillo al Norte de la OP/1, OP/2 y OP/3, la construcción de un ramal ferroviario para el servicio de la población de las OP/1, 2 y 3, la instalación de la estación terminal en la OP/3, y la creación de un gran parque lineal entre la autovía A-1 y los desarrollos urbanos de la OP/3.

Todo ello indica que nos encontramos ante una variación del modelo territorial del Plan General de 1985, aunque la ordenación modificada no afecte directamente a todo el término municipal, pues el modelo territorial de la clasificación del suelo, conforme a lo dicho, resulta modificado de raíz.

Así que esas modificaciones, tal como acertadamente dice la sentencia de instancia, debieron hacerse mediante una revisión, y no troceando el Plan General en varias modificaciones parciales, como se ha hecho.”

2. RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL SUELO

La aprobación definitiva del Plan Parcial –y no su publicación– antes de la entrada en vigor de la Ley de Costas es el criterio determinante del régimen transitorio de dicha Ley sobre zona de servidumbre de protección y de influencia en los terrenos clasificados como suelo urbanizable programado o apto para la urbanización.

El 3 de marzo de 1998, el Ayuntamiento de Miengo (Cantabria) concedió licencia municipal de obras para la construcción de un edificio de 20 viviendas unifamiliares, que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo anuló al considerar que el Plan Parcial que le servía de cobertura no estaba vigente en ese momento e infringía las previsiones sobre servidumbre de protección de la Ley de Costas.

El régimen transitorio de los terrenos clasificados como suelo urbanizable programado o apto para la urbanización, a los efectos de la aplicación de la mentada servidumbre, viene establecido en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Costas y Disposición Transitoria Octava de su Reglamento. Frente a la interpretación al respecto de los tribunales de instancia, la **STS de 16 de junio de 2003**, Ar. 4604, estima el recurso de casación en interés de Ley, fijando la siguiente doctrina legal: “Cuando la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Costas y Disposición Transitoria Octava de su Reglamento, se refieren a la aprobación definitiva del Plan Parcial, se refieren al Acuerdo de aprobación definitiva, y no a su publicación”. La justificación es la siguiente:

“(…) tanto la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio, en su apartado 2.a) y b), como la Disposición Transitoria Octava del Reglamento, aparta-

do 1 a) y b), se refieren respectivamente, con toda claridad y así se deduce, sin duda, de su propio tenor literal, a la inexistencia o existencia del Plan Parcial aprobado definitivamente a la entrada en vigor de la Ley de Costas, bastando pues esa referencia a la aprobación definitiva del Plan Parcial, sin necesidad de su publicación, para la correcta aplicación de los referidos preceptos, doctrina legal a mantener, al estimarse, la contraria como gravemente dañosa para el interés general dada la distorsión y posibles perjuicios en sus derechos susceptibles de ser causados a futuros interesados o afectados por la aplicación de tales preceptos, al suponer la publicación de los Planes Parciales, una dilatación temporal respecto a su aprobación definitiva, que en ocasiones, como lo demuestra la diaria experiencia, puede ser considerable”.

3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Polígonos de ejecución

En la **STS de 26 de febrero de 2003**, Ar. 2409, el TS debe discutir sobre la utilización del principio de equidistribución de los beneficios y las cargas como criterio único para la inclusión de una finca en un polígono de ejecución.

A este respecto, la Administración recurrente había indicado que tanto por el grado de consolidación como por el tamaño de las propiedades y construcciones, la parcela no incluida en el polígono no poseía otra vinculación con dicho polígono más que su continuidad, lo que a su juicio no era razón urbanística suficiente para incluirla dentro de la citada Unidad de Actuación, añadiendo que la situación de consolidación, ocupación, edificación, etc., era claramente distinta y su inclusión en la misma dificultaría la gestión tal Unidad de Actuación.

La Sala de Instancia rechazó este argumento alegando que tales “criterios no podían condicionar la delimitación de una Unidad de Actuación, que depende en gran medida de la viabilidad que tenga para cumplir con el fin para el que está diseñada, permitiendo el normal desarrollo y cumplimiento del proceso urbanístico previsto y, consecuentemente, la equitativa distribución de beneficios y cargas” (FJ 5º).

Esta argumentación va a ser matizada por el TS atendiendo a tres elementos: en primero lugar, el Tribunal reconoce que el principio de distribución de cargas y beneficios es una característica a tener en cuenta para la delimitación de Unidades de Actuación, pero no el único, incidiendo en que si bien puede existir esa posibilidad de distribución, cabe que no sea “conveniente la delimitación propuesta si, por cualquier otra circunstancia, resulta difícil o problemático el desarrollo en ella de las previsiones urbanísticas. Así se deduce del informe de la Administración que antes hemos transcrito” (FJ 5º).

En segundo lugar, que “el dato de que, antes de la aprobación del Plan aquí impugnado, la finca estuviera incluida en esa Unidad de Actuación no impide al nuevo planificador alterar la configuración de ésta, y las explicaciones dadas por el autor del Plan resultan suficientes para justificarla” (FJ 5º).

Y, en tercer lugar, y “una vez que la sentencia de instancia (y ésta de casación) han anulado la catalogación del edificio parece razonable, ante la nueva situación, que sea el Ayuntamiento quien, haciendo uso de la potestad de ordenación urbanística y de configuración de Unidades de Actuación, decida sobre la ubicación de la finca en una u otra Unidad, según lo que crea más conveniente para los intereses urbanísticos, misión en la que no puede ni debe ser sustituido por los Tribunales de Justicia” (FJ 5°).

B) Sistema de compensación

En la **STS de 14 de abril de 2003**, Ar. 4178, el TS indica cuál es la naturaleza de un proyecto de compensación a efectos de su posible impugnación. Y a este respecto, el TS señala que el proyecto de compensación es un acto de desarrollo del Plan Parcial y de los Estatutos, pero que su contenido es diferente.

“El Proyecto de Compensación impugnado no es una mera ejecución del Plan Parcial, y de las Bases y Estatutos aprobados. Esos actos previos (Plan Parcial, Bases y Estatutos) eran potencialmente idóneos para haber generado diferentes Proyectos de Compensación. Quien se sienta perjudicado por el Proyecto finalmente elegido no puede verse coartado por su anterior hipotética aceptación del Plan Parcial, de las Bases y Estatutos” (FJ 2°).

Y concluye el TS indicando, por un lado, que no hay problema alguno en admitir la impugnación de los actos de aplicación del Plan Parcial, como es un Proyecto de Compensación, y por otro, que no hay ninguna vinculación a los Estatutos y Bases aprobados cuando no se está integrado en la Junta de Compensación, siendo por ello, ajeno a la misma.

Además, la misma sentencia soluciona otro problema derivado de los Proyectos de Compensación, como es la posibilidad de aprobar un Proyecto de Compensación sin expropiar las fincas de los titulares de terrenos comprendidos en su ámbito y no integrados en la Junta.

A este respecto, el TS indica que “conviniendo con el recurrente que el carácter nuclear que se atribuye a la Junta de compensación es la ejecución del planeamiento por el sistema de compensación es patente que la integración de los terrenos comprendidos en el ámbito del Proyecto de Compensación ha de hacerse en mérito de un título jurídico. Éste puede ser la cesión voluntaria de los propietarios o la expropiación. Lo que resulta evidente es que no se puede integrar en el Proyecto de Compensación terrenos que no han sido previamente expropiados, o, alternatively, cedidos” (FJ 3°).

Además, el TS señala que si bien es cierto que un expediente expropiatorio puede demostrar el proceso, causa esgrimida por el recurrente para argumentar la aprobación de un Proyecto de Compensación que incluye terrenos sin expropiar en su ámbito y no integrados en la Junta, hasta que no se legitima la ocupación de los terrenos en el expediente expropiatorio, éstos no pueden integrarse en dicho Proyecto de Compensación.

C) Urbanización consolidada

El TS debe solucionar en su **STS de 27 de enero de 2003**, Ar. 814, una controversia surgida con la delimitación de una Unidad de Actuación realizada para la ampliación de un vial situado en suelo urbano consolidado.

A este respecto, porque así lo reconoce el TS, conviene indicar que la superficie delimitada se sitúa en suelo urbano consolidado hace tiempo, con un desarrollo urbanístico propio del mismo y con una materialización de los derechos edificatorios en consonancia con la previa asunción por los propietarios de los beneficios y cargas exigidos para ejecutar tales facultades.

En este sentido, el TS admite lo dicho en instancia, y señala que se pretende hacer pasar por apertura de un vial lo que ya estaba abierto y urbanizado hace muchos años, y para ello debió realizarse el correspondiente proyecto a ejecutar por el sistema de expropiación, ya que éste es el supuesto previsto en el art. 194.a) RGU de 1979 de una actuación aislada.

Además, y sigue el TS admitiendo la sentencia de instancia, la justa distribución de los beneficios y las cargas que debe existir en el ámbito determinado por una Unidad de Actuación, no se aprecia en este supuesto, ya que sobre los propietarios sólo recaerían cargas (gastos de reurbanización o mejora,...), pero ningún beneficio, ya que no cabe ningún aprovechamiento urbanístico de la Unidad de Ejecución litigiosa, pues no es edificable el solar resultante.

A esta argumentación, el TS añade que por la naturaleza del suelo afectado y la actuación que se iba a realizar en él, no se debió proceder a la delimitación impugnada. No se trata sólo de que el suelo sea urbano, sino que, según el TS, la actuación que genera la delimitación (“ensanchamiento de vial”) debió dar lugar a una actuación aislada y no al acuerdo impugnado, que hubiera sido correcto si lo que se busca es la urbanización integral de la unidad delimitada.

Por tanto, concluye el TS, en suelo urbano se puede delimitar una Unidad de Actuación, pero en el caso concreto fue improcedente por los argumentos antes indicados, procediendo por ello su anulación.

4. OTORGAMIENTO DE LA LICENCIA DE OBRAS

A) Normativa aplicable en el momento de autorizar una licencia de obras

La **STS de 19 de julio de 2002**, Ar. 8320, desestima la pretensión del recurrente de anular el acto de denegación de una licencia de obras acordado por el Ayuntamiento de Valencia. El actor consideraba que la autorización debía estar sujeta a una normativa anterior al momento en que se solicitó la misma. Sin embargo, la Sala de casación entiende, siguiendo una abundante jurisprudencia dictada por la misma, que:

“(…) cuando a lo largo de la tramitación de un expediente para la concesión de una licencia de obras se produce una modificación del planeamiento urbanístico, es aplicable el nuevo régimen si la Administración se pronuncia dentro del plazo de tres meses, que es el plazo máximo en que, conforme al art. 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, el administrado debe obtener una respuesta a su petición, pero que ha de aplicarse el régimen vigente en el día en que aquél formuló su solicitud, si la Administración no ha resuelto en los plazos indicados (Sentencias de 25 de mayo de 2001 y 18 de junio de 1998, entre otras muchas). Nunca hemos dicho, sin embargo, que la Administración deba resolver conforme a una normativa vigente en momentos anteriores aquellos en los que se presenta el proyecto o que la concesión de la licencia pueda cubrir obras distintas a aquellas que se autorizaron” (FJ 7º).

B) Concurrencia de la legislación urbanística con normativas sectoriales

El Tribunal Supremo, en su **STS de 23 de octubre de 2002**, Ar. 10227, confirma la anulación de una licencia para la construcción de una vivienda de dos plantas en la zona afectada por la servidumbre de protección de costas, que había fallado la Sala de instancia.

El argumento que manejan ambos Tribunales para proceder a la declaración de nulidad del acto administrativo autorizatorio se basa en que la concesión del mismo se realizó sin que existiera el instrumento urbanístico previo exigido por la Ley de Costas para admitir nuevos usos y construcciones en el suelo urbano clasificado como tal a la entrada en vigor de la misma y sujetos a las servidumbres en ella establecidas.

Por su parte, la **STS de 10 de julio de 2002**, Ar. 9958, resuelve acerca del alcance del Decreto 193/1991, de 16 de mayo, de la Junta de Galicia, por el que se establece un régimen de protección preventiva para la Isla de Cortegada (Villagarcía de Arosa), y en virtud del cual, toda autorización que habilite la realización de actos de transformación de la realidad física de ese área debería estar sujeta a informe previo, preceptivo y vinculante de la Consejería de Ordenación del Territorio y Obras Públicas de dicha Comunidad Autónoma, habilitando a dicho órgano a requerir al titular de cualquier obra, autorización o proyecto que se pretenda localizar en dicho territorio a la presentación de los estudios de las repercusiones que los mismos pudieran tener para el medio ambiente.

Los dos recursos interpuestos, que finalmente el Tribunal acumula y resuelve en la sentencia que comentamos, se plantean por una entidad mercantil tanto frente al referido Decreto como contra el acuerdo del Ayuntamiento de Villagarcía de Arosa en el que se declaró la calificación del espacio protegido como suelo no urbanizable de protección especial de litoral costero.

La alta instancia judicial mantiene la validez de la norma autonómica por haberse dictado la misma en ejercicio de las competencias que en materia de medio ambiente tiene atribuida la Junta de Galicia, competencia que es concurrente con la urbanística, y que

se funda en la necesidad de adoptar las medidas de protección necesarias para preservar los recursos naturales existentes en la zona. Dicha disposición admite la posibilidad de adoptar medidas de protección preventiva frente a la amenaza de perturbación que pudieran alterar el estado de la misma.

Asimismo, el Tribunal señala que la concurrencia competencial sobre un mismo territorio y los intereses supramunicipales cuya protección se pretende, justifican sobradamente el ejercicio de las potestades de las Administración autonómica de supervisión y control de los actos de los entes locales que pudieran afectar a dichos intereses (SSTS de 16 de julio y 22 de diciembre de 1990 y del Tribunal Constitucional 102/1995), no constituyendo el informe vinculante establecido en el Decreto impugnado para los actos de licencia una medida arbitraria ni discrecional.

5. PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

A) Obras realizadas sin licencia: acuerdo de demolición de lo ilegalmente construido

El fallo de la **STS de 4 de noviembre de 2002**, Ar. 9913, mantiene el criterio de la Sala de instancia de considerar válido el acuerdo de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid por el que se impuso frente a determinadas infracciones urbanísticas, una multa así como la obligación de demoler lo indebidamente construido. Ambas consecuencias jurídicas, de distinta naturaleza y tratamiento, derivan de la vulneración del Ordenamiento jurídico urbanístico y las dos se consideran medidas tendentes a la restauración del mismo y de la realidad material alterada por la actuación ilegal.

También es declarado conforme a Derecho por la **STS de 21 de octubre de 2002**, Ar. 10107, el acuerdo de demolición de una nave acordado por el Ayuntamiento de Cobeja (Toledo) y frente al cual el recurrente mantenía la caducidad del expediente en el que el mismo se adoptó. El Tribunal Supremo mantiene al respecto la imposibilidad de entender apreciada la caducidad de un acto de ejecución de otro ya firme y del que la ejecución es mera consecuencia natural, ya que la licencia de obra para la construcción de la referida nave fue denegada por la propia entidad municipal y, a pesar de ello, se comenzó la realización de la misma. El FJ 5º de esta decisión resume el criterio jurisprudencial mantenido por la alta instancia jurisdiccional, al señalar que:

“(…) como bien tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala –Sentencias, entre otras, de 15 de diciembre de 1993, 10 de noviembre de 1994 y 26 de septiembre de 1995–, en los supuestos en los que aparece de forma clara la ilegalidad de la obra, e imposibilidad de su legalización, puede decretarse la demolición de la misma sin necesidad de requerimiento ni del transcurso de los dos meses referidos (...) Por tanto la citada nave no es susceptible de legalización, y la orden de demolición ha sido acordada, como emanación directa de resolución de suspensión de obra recaída en expediente administrativo, dentro de los plazos legalmente exigidos para su conclusión, no siendo procedente la declaración de caducidad”.

B) Competencia de la Comunidad Autónoma para acordar la demolición de una obra ilegal

En la STS de 24 de octubre de 2002, Ar. 9710, el Tribunal Supremo, revocando la sentencia del Tribunal *a quo*, mantiene la competencia que corresponde a la Administración autonómica para acordar la demolición de edificaciones no legalizables, al haberse construido dentro de la franja de servidumbre de protección de costas, si el Ayuntamiento no ejercita la que el Ordenamiento jurídico le atribuye. El FJ 3º de la misma señala a este respecto lo siguiente:

“Del artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de Régimen Local no se deduce que las competencias del Municipio en materia de disciplina urbanística excluyan en todo caso cualquier intervención de las Comunidades Autónomas, pues aquéllas se ejercerán ‘en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas’. Esta legislación, por lo que se refiere al presente caso, viene constituida por el art. 184 LS de 1976 que atribuye en primer lugar al Ayuntamiento el deber de acordar la demolición de las obras ejecutadas sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones señaladas en las mismas, una vez transcurrido el plazo de dos meses que debe concederse al interesado para que intente la legalización de lo construido, pero que, en defecto de actuación del Ayuntamiento, faculta indistintamente al Alcalde o al Gobernador Civil (actualmente órgano autonómico competente...) para ordenar la demolición de lo construido ilegalmente. Para que la Comunidad Autónoma ejerza esta potestad no es exigible un requerimiento previo al Alcalde, pues no es esto lo que se desprende de nuestra Sentencia de 8 de julio de 1996, que cita la Sala de instancia. De esta sentencia se desprende que aunque el art. 184 LS de 1976 se refiera indistintamente al Alcalde o al Gobernador Civil, la competencia del Alcalde tiene carácter prevalente por lo que la Comunidad Autónoma no debería intervenir si ya lo hubiera hecho el Alcalde, que no es lo que ha sucedido en el presente caso. Tampoco es de aplicación al presente caso la Sentencia de esta Sala de 7 de julio de 1992, en que también se apoya el Tribunal *a quo* que declara que el ejercicio por la Comunidad Autónoma de las competencias en esta materia sólo puede llevarse a cabo cuando no haya actuado el Ayuntamiento, porque ha transcurrido con exceso el plazo de dos meses desde que las obras fueron declaradas no legalizadas, sin que el Ayuntamiento de Orihuela hubiera ordenado la demolición de lo construido.”

C) Prescripción de las infracciones derivadas de la realización de obras sin licencia

La STS de 30 de octubre de 2002, Ar. 9659, es explícita al considerar que el art. 9 del Decreto-ley 16/1981, de 16 de octubre, y la jurisprudencia sobre el mismo, han modificado el plazo de prescripción de un año fijado en el art. 185.1 de la Ley del Suelo de 1976, elevándolo a cuatro años para la demolición de obras ejecutadas sin licencia. El cómputo del mismo se inicia desde la terminación de la obra.

Por su parte, la STS de 28 de septiembre de 2002, Ar. 9248, entiende que la sanción medida sometida a su juicio, la imposición municipal de una infracción frente a una obra realizada sin licencia, es legítima, al no haber prescrito la misma, ya que derivó de una

actuación continuada, consumándose, por tanto, la misma en el momento en el que se declara probado el último acto infractor.

6. REVISIÓN DE LICENCIA DE OBRA

La STS de 16 de octubre de 2002, Ar. 9293, reitera la jurisprudencia de la Sala conforme a la cual una licencia de obra ya concedida no puede anularse por el Alcalde a pesar de que la misma constituya una infracción urbanística grave. Lo único que cabe hacer a la autoridad local en estos casos es, además de acordar la suspensión y paralización de las obras, promover su anulación por la Sala de lo Contencioso-administrativo.

Por su parte, la STS de 25 de septiembre de 2002, Ar. 8843, indica que el plazo del que dispone la Administración autonómica para requerir a un Ayuntamiento para que proceda a la revisión de una licencia es el de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo y no el de cuatro años previsto en el art. 235 de la Ley del Suelo.

El FJ 3º de la misma es rotundo al afirmar que:

“Como ya dijimos en nuestra Sentencia de 5 de mayo de 1998, confirmando un criterio ya manifestado en las de 18 de julio y 19 de septiembre de 1996, no cabe hablar de una interpretación integradora del art. 65 LRBRL, en atención a los arts. 235 y 187 TRLS de modo que los plazos de impugnación que establece aquel precepto queden sin efecto en materia urbanística, hasta tal punto de prevalecer el de cuatro años previsto en este último. No cabe aceptar este criterio, porque no se trata de integrar algún elemento de la norma sino el de sustituir el plazo claramente establecido en ella por otro, que se supone aplicable a una situación, como es el de las ilegalidades urbanísticas, que se considera no previsto en aquélla. El art. 65 LRBRL, desarrollado por el art. 215 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, se inserta en un Capítulo que regula con carácter general, y con la evidente preocupación de cohonestar el principio de autonomía municipal con el de vinculación de las Corporaciones Locales, como de los demás poderes públicos a la Ley, y con la distribución de competencias entre las distintas Corporaciones territoriales, el mecanismo de impugnación de los actos y acuerdos de las Corporaciones locales, y atribuye a las Comunidades Autónomas la facultad de impugnar aquéllos ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, si considerasen que infringen el ordenamiento jurídico, pero establece para ello un plazo de dos meses desde que tuvieran conocimiento de su adopción si lo hicieran directamente, o desde que hubiera transcurrido el plazo que les hubieren concedido para anularlos por sí mismas, si hubieran optado por dirigirles previamente requerimiento en ese sentido, pero en tal caso, el requerimiento debería haberse formulado en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acto o acuerdo. Un principio de seguridad jurídica ha impuesto esa limitación de los plazos, limitación que no puede soslayarse invocando el art. 187 TRLS que se refiera a un supuesto distinto, como es el de la revisión por una Corporación Local de sus propios actos, cuando se tratare de licencias u órdenes de ejecución cuyo contenido constituya manifiestamente alguna de las infracciones urbanísticas graves definidas en la Ley.”

Además se insiste en que entender no aplicable el art. 65 LRBRL cuando la Administración autonómica ejercite la acción pública en materia urbanística significaría una excepción al ámbito de aplicación del citado precepto que no tiene una sólida justificación. A todo ello hay que añadir que los amplios plazos que establece el art. 235.2 TRLS tienen como presupuesto el que se trata de una acción pública, ejercitable por quien no tiene por qué haber sido parte en el expediente administrativo, pero esta situación no se da con las Comunidades Autónomas, a las que los Ayuntamientos de su territorio han de remitirles copia o extracto comprensivo de las resoluciones y acuerdos adoptados por sus órganos municipales y que pueden solicitar de los mismos cuanta información precisen sobre la actividad municipal.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

CONSUELO ALONSO GARCÍA

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

RUBÉN SERRANO LOZANO

ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL**Sumario:**

1. Consideración previa. 2. Bienes locales. A) Enajenación de bienes municipales.

Incumplimiento de las condiciones establecidas en la misma y condiciones para la reversión del bien cedido. B) Utilización de los bienes de dominio público.

Necesidad de un título específico para poder realizar un uso privativo de los bienes destinados a un uso público. C) Utilización de los bienes de dominio público.

Otorgamiento de concesiones a precario y posibilidad de revocarlas sin indemnización. D) Prerrogativas de las Entidades locales. Recuperación de oficio. **3. Aguas**

continentales. A) Aprovechamiento hidroeléctrico de potencia superior a 5 Mw: órgano competente para el otorgamiento de la concesión. B) Catálogo de aguas privadas:

imposibilidad de inscripción. C) Inscripción de aprovechamiento adquirido por prescripción conforme a la legislación anterior e inactividad administrativa. D) Instalación de planta desalinizadora y potabilizadora: subvención procedente. E) Obras ejecutadas

en zona de dominio público hidráulico: prescripción de una posible infracción. F) Plan Hidrológico de Cuenca del Tajo: anulación parcial de un precepto sobre reserva de caudales. G) Servicios de las Corporaciones Locales: canon a abonar por el concesionario

del servicio de abastecimiento de agua. H) Tasas municipales por licencia de actividad y

apertura de dos centrales hidroeléctricas. **4. Aguas marítimas.** A) Deslinde. a) Su objeto es declarar demanio marítimo lo que por naturaleza es tal. b) El deslinde se impone a

inscripciones registrales previas a favor de particulares, a las que se reconoce, no obstante, cierto valor jurídico. c) El deslinde puede ser recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que no podrá pronunciarse sobre cuestiones de propiedad.

B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: la sanción por edificación ilegal en zona de servidumbre de protección requiere la coordinación procedimental entre los niveles públicos cuyas competencias se ven afectadas. C) Usos del demanio marítimo.

a) Uso común general: baño. La responsabilidad por el funcionamiento anormal del servicio de salvamento corresponde al Estado en tanto no transfiera los medios mate-

riales y humanos precisos. b) Uso privativo. D) Puertos. a) Los capitanes de buques mercantes deben custodiar a los polizones hasta su entrega a las autoridades competentes. b) Los estibadores portuarios han de estar afiliados al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. E) Pesca marítima: el no ejercicio de la licencia de pesca justifica la denegación de prelación en un censo de buques.

5. Carreteras: Estudios informativos de carreteras y planeamiento urbanístico.

Distribución de competencias. 6. Montes: Deslinde administrativo y derecho de propiedad. 7. Minas. A) Expropiación en materia de aprovechamientos mineros.

B) Aprovechamientos mineros: denegación de autorización de suspensión temporal de trabajos mineros en una cantera. C) Ayudas a la minería por cierre de explotaciones y por suplemento de precio: incompatibilidad. **8. Patrimonio del Estado: Bienes incautados a partidos políticos tras la guerra civil. 9. Vías pecuarias: incompatibilidad con la calificación como suelo urbano. Cuestiones de deslinde.**

1. CONSIDERACIÓN PREVIA

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia ordinaria del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia núm. 2301 de 2003 a la 4202 (cuadernillos 9 a 15) y la Constitucional desde la 110/2003, de 16 de junio, hasta la 184/2003, de 23 de octubre.

2. BIENES LOCALES

A) Enajenación de bienes municipales. Incumplimiento de las condiciones establecidas en la misma y condiciones para la reversión del bien cedido

En el artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 se establece que si los bienes cedidos no fuesen destinados al uso dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejasen de serlo posteriormente se considerará resuelta la cesión y revertirán aquéllos a la Corporación local, la cual tendrá derecho a percibir de la Entidad beneficiaria, previa tasación pericial, el valor de los detrimentos experimentados por los bienes cedidos; si en el acuerdo de cesión no se estipula otra cosa, se entenderá que los fines para los cuales se hubieran otorgado deberán cumplirse en el plazo máximo de cinco años, debiéndose mantener su destino durante los treinta años siguientes.

El citado artículo reglamentario se considera aplicable a las cesiones realizadas antes de la entrada en vigor del Reglamento de 1986 mencionado en la **STS de 26 de junio de 2003**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 4416. Así, en dicho fallo judicial se afirma que la

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

aplicabilidad del nuevo Reglamento a estos casos ha sido confirmada de modo reiterado por esta Sala. En este sentido, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1998 y las que en ella se citan, la circunstancia de que la cesión se hubiera operado al amparo del Reglamento de Bienes de 1955 no excluye la aplicación del ulterior de 1986, pues la Disposición Transitoria de éste prevé su aplicación a cuantos trámites hayan de efectuarse a partir de su publicación.

Por otra parte, en relación con la forma de aplicarse el plazo de cinco años en la Sentencia mencionada, citando otras anteriores, se afirma que dicho plazo no opera automáticamente, por cuanto de tales sentencias y especialmente de la reseñada se infiere que la incidencia del mencionado plazo puede quedar paralizada por especiales causas que justifiquen tal dilación o por fuerza mayor; de donde se infiere la doctrina establecida por la Sala Cuarta respecto del instituto de reversión que no tiene el carácter monolítico que la Entidad demandante le atribuye, sino que son admisibles matizaciones que tiendan a acercarlo a la realidad del humano obrar, aun manteniendo su finalidad de defensa específica del patrimonio de tales Entidades y Corporaciones. En el caso objeto de pronunciamiento judicial se trata de un bien cedido para la construcción de unas viviendas y en la que existía un sobrante para futuras ampliaciones de las viviendas; sobrante que sale a subasta, por lo cual se solicita la devolución, al entender que ya no es necesario para el fin público que determinó su cesión.

B) Utilización de los bienes de dominio público. Necesidad de un título específico para poder realizar un uso privativo de los bienes destinados a un uso público

Para que sea posible el uso privativo del dominio público se requiere una concesión y no otro título jurídico. De esta forma se ha pronunciado la STS de 8 de abril de 2003, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 3681. En concreto, en ella se afirma que según reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2000) el título habilitante de la ocupación de terrenos de dominio público en caso de instalaciones fijas no desmontables, es la concesión y no la autorización, dado el carácter de uso especial o privativo que aquéllas comportan. En consecuencia, la ocupación del dominio local mediante instalaciones de tal naturaleza sólo puede venir legitimada por el otorgamiento de la oportuna concesión en el ejercicio de las competencias sobre el demanio reconocidas y regladas a favor de los Entes locales por las normas de régimen local. Dicho título no puede ser sustituido por una mera autorización o por actos que demuestren la tolerancia de la Administración como el percibo de tasas o el otorgamiento de licencias o autorizaciones con una finalidad distinta (Sentencias de 6 de julio de 1981 y 12 de febrero de 1986). Aplicando estas consideraciones al caso enjuiciado, en la Sentencia citada se afirma que una determinada estación de servicio de propiedad de Campsa carece del título legitimador del uso privativo, que es la concesión, al entenderse que el Real Decreto de 28 de junio de 1927, de creación del Monopolio de Petróleos no otorgó *ope legis* dicha concesión ni consta que se otorgara con posterioridad por la Entidad local.

C) Utilización de los bienes de dominio público. Otorgamiento de concesiones a precario y posibilidad de revocarlas sin indemnización

Las concesiones por usos privativos han podido ser otorgadas a precario y han podido ser declaradas resueltas por las Entidades locales, tal y como se admite en la **STS de 8 de abril de 2003**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 3681. En particular, en ella se dice que esta Sala ha declarado con reiteración (Sentencias de 7 de mayo de 1999, 11 de diciembre de 2000 y 11 de mayo y 25 de julio de 2001) a propósito de supuestos referentes a concesiones en precario de terrenos de dominio público que la Administración puede declarar resuelta la concesión o autorización, aunque no se hubiesen incumplido las condiciones, siempre que se justifique que dicha resolución obedece a exigencias del interés público. En el caso enjuiciado, al tratarse de una estación de servicio propiedad de Campsa, se pone de manifiesto en el expediente las circunstancias de obstaculización y riesgo para el tránsito peatonal y rodado. Estación de servicio que, por otra parte, carecía de una concesión expresa del terreno, sino que se infería del transcurso del tiempo y de la falta de oposición de la Administración municipal.

Sin embargo, en la Sentencia mencionada también se afirma que esta Sala ha declarado (Sentencias de 29 de octubre de 1979, 23 de abril y 29 de septiembre de 1980, 4 de noviembre y 18 de diciembre de 1997, 13 de marzo y 12 de julio de 2001) que las cláusulas de precario en las concesiones —que no garantizan la absoluta inmunidad de la Administración para eliminar la situación jurídica sobre la que se hace gravitar el precario administrativo— llevan consigo la necesidad de distinguir entre un precario de primer grado que lleva aparejada indemnización y otro de segundo grado que no comporta resarcimiento, y que la distinción entre uno y otro depende de las circunstancias de estabilidad o interinidad del uso y de las condiciones de oportunidad y alteración de la causa originaria de esa situación jurídica de uso que acompañan a la acción revocatoria, siempre enjuiciable en conexión con la teoría del negocio jurídico.

En definitiva, sigue diciendo la Sentencia citada de 8 de abril de 2003, como señala en el mismo sentido la Sentencia de 18 de diciembre de 1997, la entrada en juego de la cláusula de precario no elimina por sí misma la obligación administrativa de indemnizar. Los rasgos fundamentales del actuar administrativo no permiten la asimilación del precario administrativo con la mera tolerancia del Derecho civil (Sentencia de 11 de octubre de 1968). No se produce exención del deber de indemnizar en el caso de que la Administración quiera poner fin a la situación creada al amparo de la cláusula de precario, pues esto sólo se admitiría en una precariedad de segundo grado, pero no en una precariedad de primer grado creada con carácter permanente y duradero, lejos de la provisionalidad y transitoriedad de la precariedad de segundo grado (Sentencias de 23 de diciembre de 1971, 8 de marzo de 1972, 22 de abril de 1977 y 14 de noviembre de 1984).

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

D) Prerrogativas de las Entidades locales. Recuperación de oficio

El objeto de la prerrogativa de la recuperación de oficio de los bienes consiste en recuperar la posesión de los citados bienes y no la determinación de la titularidad de los mismos, remitiéndose a las partes que deseen discutir titularidades dominicales al orden jurisdiccional civil. Por otra parte, el expediente de recuperación no puede iniciarse de plano y sin acreditar la posesión y la usurpación. En este sentido, en el caso enjuiciado en la **STS de 25 de febrero de 2003**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2614, se parte de que en el expediente se ha acreditado la posesión de un camino público y la usurpación mediante planos, informes, fotografías, reconocimiento gubernativo, información testifical, tránsito de camiones y el propio reconocimiento de explanación de terrenos por la empresa afectada.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Aprovechamiento hidroeléctrico de potencia superior a 5 Mw: órgano competente para el otorgamiento de la concesión

La **STS de 16 de abril de 2003**, Ar. 3921, afirma la validez de la concesión hidroeléctrica a precario otorgada a una empresa y que es objeto de impugnación por la *Generalitat* de Cataluña. Para la parte recurrente el órgano que otorgó la concesión es manifiestamente incompetente, pues no era el Ministerio de Obras Públicas, sino la Confederación Hidrográfica la que debió actuar. Dicho argumento se rechaza por el TS, pues en el supuesto discutido se instalaron cuatro grupos de 5 Mw cada uno, es decir la potencia solicitada excedía de 5 Mw, cifra utilizada por la Orden de 3 de febrero de 1989 para delimitar el órgano competente a estos efectos, por lo que sí debió resolver sobre la concesión el Ministerio. Tampoco puede prevalecer el argumento de que la tramitación debió paralizarse en aplicación del artículo 121 del RDPH, pues aunque existía una entidad con derechos prioritarios para la explotación hidroeléctrica de esa zona, esta última había consentido en que se otorgase a precario a la empresa solicitante, por lo que quedaban salvaguardados los derechos de la entidad prioritaria.

B) Catálogo de aguas privadas: imposibilidad de inscripción

De acuerdo con el artículo 195.2 del RDPH de 1986 (en su redacción originaria), los titulares de aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la Ley de aguas de 1879, que optaran por mantenerlas en tal régimen, deberán declarar su existencia al Organismo de cuenca correspondiente, dentro del plazo de tres años a partir de la entrada en vigor de la Ley de aguas de 1985, de forma escrita, acompañando el título que acredite su derecho al aprovechamiento, y haciendo constar sus características y destino de las aguas. La **STS de 23 de abril de 2003**, Ar. 3726, parte de este precepto para llegar a la conclusión de que la solicitud de inscripción de dos aprovechamientos situados en la finca propiedad de un particular no puede salir adelante, debido a que si bien se cumple alguno de los requisitos contenidos en el citado artículo 195.2 del RDPH como es el

del título, se trata de aprovechamientos inexistentes, pues están sin explotación, es decir, son pozos cegados o sin instalación de sondeos, por lo que la comprobación de las características del aprovechamiento que es un requisito para la inscripción no puede practicarse.

C) Inscripción de aprovechamiento adquirido por prescripción conforme a la legislación anterior e inactividad administrativa

De la Disposición Transitoria Primera de la Lag. (redacción de 1985) podía deducirse que los aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción al amparo de la Lag. de 1879, podían legalizarse mediante acta de notoriedad en un plazo de tres años desde la entrada en vigor de la Lag. de 1985, lo que permitía prolongar el derecho a la utilización del recurso por 75 años más. La **STS de 17 de marzo de 2003**, Ar. 2851, interpreta este precepto de forma flexible para resolver el caso controvertido. De este modo, considera que la Comunidad de Regantes que había presentado el acta de notoriedad en 1966 ante la CH del Ebro para acreditar el aprovechamiento del recurso hídrico, y proceder así a su inscripción en el correspondiente Registro de Aguas, no puede ver insatisfechas sus expectativas por la inactividad de la Administración, es decir el hecho de que el expediente estuviese paralizado por causa imputable a los órganos administrativos y no se reanudase hasta 1992, no puede perjudicar a la mencionada Comunidad de Regantes, la cual debe poder beneficiarse de la posibilidad contenida en la aludida Disposición Transitoria Primera de la Lag. La inscripción es meramente declarativa, de manera que sólo acredita un derecho que ya existía con anterioridad, sin que pueda oponerse a ello la empresa recurrente, la cual no ve perjudicado su derecho al aprovechamiento hidroeléctrico por la inscripción discutida.

D) Instalación de planta desalinizadora y potabilizadora: subvención procedente

Se discute en la **STS de 1 de abril de 2003**, Ar. 2879, si es correcta la denegación de una subvención solicitada por una empresa titular de una instalación de planta potabilizadora. El Alto Tribunal, confirmando la Sentencia del TSJ de Canarias impugnada, entiende que se dieron los requisitos exigibles por la normativa aplicable para que la empresa fuese beneficiaria de la subvención. Las Órdenes Ministeriales de 7 de octubre de 1988 y de 5 de septiembre de 1989 atribuyen el derecho a la subvención a las empresas de servicio público que viertan agua potabilizada en sus propias plantas a la red pública de distribución. No puede decirse que dicha empresa no disponga de tal planta, pues la desalinizadora que le sirve, se creó y funciona exclusivamente para ella, ni tampoco se ha conseguido demostrar que dicha entidad no sea concesionaria del servicio de abastecimiento de San Bartolomé de Tirajana, a pesar de que el representante de la Administración del Estado alegue que el agua es distribuida a una urbanización privada, y no a la red pública. El fin perseguido por la norma subvencional se consigue, como es rebajar el precio final del agua potable a los habitantes del municipio.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

E) Obras ejecutadas en zona de dominio público hidráulico: prescripción de una posible infracción

En la STS de 16 de abril de 2003, Ar. 4189, no se da la razón a la empresa “Piscinas Miami Bahía, SL” que había solicitado de la CH del Guadalquivir una orden de demolición en relación con obras que se ejecutaron para cubrir parte de un barranco. Dicha pretensión se acompañaba de distintas razones: así, que se habían realizado obras distintas a las autorizadas por el particular que había instalado en ese lugar una terraza de restaurante y que con ello se había invadido parte de una vía pecuaria. Según el TS no se llega a demostrar que en efecto se hubieran realizado obras distintas de las autorizadas, a lo que hay que añadir que en aplicación del artículo 327 del RDPH, habían transcurrido más de 15 años, de modo que la obligación de reponer las cosas a su estado primitivo habría prescrito en cualquier caso; finalmente, tampoco es competente la CH del Guadalquivir para atender una petición relativa a la defensa de una vía pecuaria. Con esos argumentos se rechaza el recurso.

F) Plan Hidrológico de Cuenca del Tajo: anulación parcial de un precepto sobre reserva de caudales

Según el artículo 41.1 de la Lag. de 1985 (posterior art. 43.1 del TR de Lag. de 2001) y el artículo 92.2 del RDPH de 1986, las reservas de caudales hídricos a establecer por los Planes Hidrológicos de Cuenca han de ser concretas (para actuaciones y obras previstas), debiéndose determinar datos como su cuantía, el plazo de la reserva, y la finalidad a la que se adscriben. Con base en esos preceptos, en la STS de 16 de mayo de 2003, Ar. 4057, se estima parcialmente el recurso planteado por el Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo-Segura contra varios preceptos del Plan Hidrológico de Cuenca del Tajo. A lo largo de los Fundamentos Jurídicos, el TS va afirmando la validez de los artículos impugnados (arts. 6, 19.1 y 23), sin embargo, en el FJ 7º, tras reconocer que en el artículo 19.2 de la Orden de 13 de agosto de 1999 (que publica el contenido del Plan Hidrológico citado) es correcta la alusión a una reserva de 200 hm³ para atender regadíos, señala que no puede decirse lo mismo de la reserva de 60 hm³ contenida en ese precepto, ya que la expresión “para atender demandas en la cuenca del Tajo de cualquier uso privativo”, convierte a la mencionada reserva de caudales en indeterminada, y por tanto no admisible teniendo en cuenta nuestro ordenamiento jurídico.

G) Servicios de las Corporaciones Locales: canon a abonar por el concesionario del servicio de abastecimiento de agua

Por la STS de 12 de marzo de 2003, Ar. 3785, se confirma la Sentencia del TSJ de Murcia que anulaba un Decreto del Ayuntamiento de Cartagena sobre liquidación del canon del servicio público de agua potable, ejercicio 1994. No puede contemplarse el impuesto de sociedades como ganancia, sino como gasto, de acuerdo con el artículo 189 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 aplicable, y conforme a lo determinado en el contrato suscrito entre el Ayuntamiento y la empresa adjudicataria del suministro de agua. La diferencia entre el canon a abonar por la empresa según la misma, y la cifra calculada por el Ayuntamiento supera los 38 millones de pesetas y se basa en que se había previsto en el contrato que se pagaría un canon adicional de 2,5 pesetas/m³ cuando se lograra alcan-

zar el equilibrio económico. En virtud del artículo 126.2.b) del RSCL, la retribución económica del concesionario de servicio público se caracterizará por el equilibrio, según las bases que hubieren servido para su otorgamiento, y deberá mantenerse en todo caso, y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de la concesión, del coste del establecimiento, así como de los gastos de explotación y del normal beneficio industrial. De este modo, no puede prosperar el argumento del Ayuntamiento, pues sería no respetar lo pactado en el contrato concesional.

H) Tasas municipales por licencia de actividad y apertura de dos centrales hidroeléctricas

La STC 165/2003, de 29 de septiembre (BOE de 23 de octubre) otorga el amparo solicitado por una empresa eléctrica y anula la STSJ de Castilla y León de 1999 impugnada, reconociendo el derecho a la tutela judicial efectiva de dicha entidad, debiéndose retrotraer las actuaciones del recurso contencioso-administrativo al momento anterior al del pronunciamiento de dicha Sentencia para que dicte nueva resolución. El litigio había surgido al hilo de la liquidación por el Ayuntamiento de Saucelle (Salamanca) de la tasa por licencia de actividad y apertura en relación a dos centrales hidroeléctricas (Saucelle I y Saucelle II), que ascendía a más de 73 millones de pesetas. Al presentarse recurso contencioso frente a dicha resolución municipal, el Juzgado núm. 1 de Salamanca lo inadmitió, basándose en que la empresa recurrente no había interpuesto el recurso de reposición preceptivo en materia tributaria local. La parte interesada procuró subsanar el defecto formal con base en el artículo 138.1 de la LJ de 1998. Según este precepto, cuando se alegue que alguno de los actos de las partes no reúne los requisitos establecidos por la LJ, la que se halle en tal supuesto podrá subsanar el defecto u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación. La empresa presentó el mencionado recurso de reposición con fecha de 10 de mayo de 1999, pero el Juzgado lo consideró extemporáneo al computar los diez días a que se refiere el artículo 138.1 LJ desde la fecha del Auto donde se hace constar la inadmisibilidad (22 de abril de 1999) y no desde el día en que se notificó (29 de abril de 1999). El TSJ de Castilla y León cuando resolvió el recurso de apelación volvió a fallar sobre lo insubsanable del defecto procesal. No obstante, el TC afirma que se ha dado un error patente del órgano judicial al confundir la fecha de resolución y de notificación, de ahí que quepa atender el amparo que se solicita.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Deslinde

a) Su objeto es declarar demanio marítimo lo que por naturaleza es tal

Ejerciendo la potestad de deslinde, la Administración costera pretende acotar los límites del dominio público marítimo-terrestre, integrando expresamente dentro de él lo que por natu-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

raleza –y, a consecuencia de ésta, por reconocimiento normativo– es tal. En ningún caso, por tanto, cabrá considerar como demaniales superficies o porciones de terreno que no reúnan las características que la Ley de Costas de 1988 exige a este tipo de bienes. Es el caso de los supuestos enjuiciados por las **SSTS de 15 de marzo de 2003**, Ar. 2591, FJ 3º (en la que, tras la oportuna prueba pericial, se constata que la inundación que sufren unos terrenos no es consecuencia del flujo y reflujo de las mareas –lo que determinaría su consideración de marismas o esteros–, sino del desagüe natural de las tierras de cultivo colindantes) y **16 de abril de 2003**, Ar. 4188, FJ 4º (en la que no puede llegar a demostrarse que la inundación de un terreno por efecto de las mareas esté siendo impedida por medios artificiales).

b) El deslinde se impone a inscripciones registrales previas a favor de particulares, a las que se reconoce, no obstante, cierto valor jurídico

Como establece el artículo 13 de la Ley de Costas, el deslinde aprobado declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, sin que las inscripciones en el Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados. Sin embargo, y a juicio de la **STS de 17 de marzo de 2003**, Ar. 2850, la existencia de este tipo de titularidades dominicales, avaladas incluso por sentencia judicial –como en el caso de autos– y acompañadas de las preceptivas licencias municipales de edificación, si bien no impiden el requerimiento de paralización de las obras que se viniesen realizando en el terreno categorizado demanial por el deslinde ni la incoación de expediente sancionador, sí justifican la reducción de la cuantía de las sanciones impuestas. Y ello como un reconocimiento testimonial al valor de los títulos dominicales previos judicialmente reconocidos que quedan superados por el procedimiento de deslinde practicado.

c) El deslinde puede ser recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que no podrá pronunciarse sobre cuestiones de propiedad

Lo anterior no es óbice a que los afectados por la resolución de deslinde puedan oponerse judicialmente. Y aunque el artículo 14 se refiera a las “acciones civiles sobre derechos relativos a terrenos incluidos en el dominio público deslindado”, ello no excluye la posibilidad de impugnar el acto aprobatorio del deslinde en vía contencioso-administrativa, pudiendo ésta revisar todas las decisiones adoptadas por la Administración a lo largo del procedimiento. Así lo recuerdan el FJ 2º de la **STS de 15 de marzo de 2003**, Ar. 2591 y el FJ 5º de la **STS de 16 de abril de 2003**, Ar. 4188.

Cuestión distinta es solicitar a la jurisdicción contencioso-administrativa no la revisión de un deslinde por existir confusión de linderos sino la exclusión inmediata del demanio costero de unos terrenos considerados privados en virtud de título legítimo previo. Un supuesto de este tipo es el que resuelve la **STS de 3 de enero de 2002**, Ar. 2318 de 2003, en la que, ante la pretensión de la parte actora de obtener un reconocimiento de su situación jurídica de propietario, el Tribunal responde que:

“en un planteamiento semejante lo que el órgano jurisdiccional ha de decidir no es cuáles sean los límites ciertos del demanio que pongan fin a una situación de incertidumbre

sobre la extensión de éste, sino si es cierta, en cuanto adquirida por alguno de los medios de adquisición que admitía el ordenamiento, la propiedad privada que se invoca”,

para concluir que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es incompetente para decidir sobre una cuestión de propiedad como ésta, correspondiendo tal determinación a la jurisdicción civil.

B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: la sanción por edificación ilegal en zona de servidumbre de protección requiere la coordinación procedimental entre los niveles públicos cuyas competencias se ven afectadas

Las actividades que pueden desarrollarse en la propiedades que lindan con el dominio público marítimo-terrestre están restringidas por mor de una normativa de costas que persigue su preservación. Ésta es, sin ir más lejos, la intención a la que responde la fijación de zonas de servidumbre, en las que las actuaciones posibles están muy controladas.

Una de las restricciones indicadas es la prohibición de realizar edificaciones para residencia o habitación en zona de servidumbre de protección (artículo 23.1 de la Ley de Costas) so pena de cometer una infracción administrativa sancionable. Sanción cuya imposición corresponde a las instancias autonómicas –por mor de sus atribuciones sobre ordenación del territorio y protección del medio ambiente– y no a la Administración estatal –titular del demanio–, en virtud de la conocida jurisprudencia constitucional que rechaza la titularidad como un criterio de delimitación competencial que permita sustraer al territorio así caracterizado de las competencias que, *ratione materiae*, detenten sobre él otros entes públicos. Sin embargo, como prosigue esta jurisprudencia, y precisamente por esa titularidad aludida, no puede desconocerse que también el Estado puede perseguir las conductas infractoras que atenten contra la integridad del demanio y el mantenimiento de las servidumbres que garantizan su libre uso, concluyendo que “sea cual sea la Administración competente, no pueden las restantes permanecer pasivas, dada la obligación de todas las Administraciones con competencias confluyentes sobre costas a efectuar las comprobaciones necesarias y a tramitar todas las denuncias que reciban, sin perjuicio de dirigirse a las autoridades que estimen competentes para imponer las sanciones que procedan”.

Todos estos razonamientos constitucionales son traídos a colación en el supuesto resuelto por la extensa **STS de 16 de julio de 2002**, Ar. 2321 de 2003; supuesto en el que la afección de una edificación ilegal tanto a la servidumbre de protección como a la de tránsito podía hacer pensar en una legítima intervención sancionadora de la Administración estatal a título de defensora de la integridad del demanio costero. No obstante, la conclusión a la que llega el Magistrado ponente consiste en la activación de mecanismos de coordinación de actuaciones entre ambos niveles públicos implicados, correspondiendo la imposición de la sanción a las instancias autonómicas en atención a la mayor afección a sus competencias (la zona de servidumbre de protección, en la que éstas se despliegan

con evidencia, se ve mucho más perjudicada que la de tránsito), pero debiendo intervenir el Estado en el procedimiento para asegurar la integridad definitiva y la libre utilización de la zona de tránsito del demanio.

C) Usos del demanio marítimo

a) **Uso común general: baño. La responsabilidad por el funcionamiento anormal del servicio de salvamento corresponde al Estado en tanto no transfiera los medios materiales y humanos precisos**

El artículo 110 de la Ley de Costas atribuye a la Administración del Estado la competencia para dictar disposiciones sobre seguridad en lugares de baño y salvamento marítimo, correspondiendo por su parte a las Comunidades Autónomas (artículo 114) el ejercicio de aquellas facultades que, respetando las previsiones generales de este texto, les atribuyan en la materia sus respectivos Estatutos. Los Municipios, por fin, tienen asignada la función última de vigilar la observancia de las normas e instrucciones dictadas por la Administración del Estado sobre salvamento y seguridad de las vidas humanas, en los términos previstos por una eventual legislación autonómica en la materia (artículo 115 de la misma Ley). Sin embargo, este reparto de atribuciones —sobre todo las referidas al Ente local básico— carece de operatividad real y jurídica en tanto el Estado, detentador primero de la competencia, no proceda a la transferencia a las instancias autonómicas de los medios materiales y personales precisos para la prestación del servicio. Y ello aunque aquel primero asignase bienes de su propiedad para su instalación. Ésta es la realidad sobre la que se pronuncia la **STS de 31 de marzo de 2003**, Ar. 3968, concluyendo en la inimputabilidad al Municipio de la responsabilidad extracontractual derivada de una muerte por ahogamiento.

b) **Uso privativo**

a') **Edificación. Sólo el interés público, entendido en sentido amplio, permite legalizar obras ilegales en el demanio costero**

La realización de obras sobre el dominio público marítimo-terrestre requiere la obtención de una previa concesión administrativa. Por eso, toda infraestructura que carezca de este título habilitante habrá de ser demolida, sin perjuicio de las sanciones que correspondan a los infractores responsables. Sólo una legalización de las mismas por razones de interés público podría alejarlas de este destino. De acuerdo con lo establecido en la **STS de 14 de abril de 2003**, Ar. 3757, este interés público hay que interpretarlo en sentido amplio —posibilitador de la conservación del medio ambiente, controlador de usos indiscriminados, y previsor del deterioro y alteraciones irreversibles del medio—, sin confundirlo en ningún momento con “interés del público”; concepto con el que a veces interpenetra pero del que se diferencia claramente por la amplitud de fines.

b') Título concesional condicionado: el incumplimiento de las condiciones determina su caducidad

En consonancia con lo comentado en anteriores entregas de esta Revista, y contra lo que es regla general ex Disposición Transitoria Segunda.2 de la Ley de Costas, existen concesiones de desecación de marismas otorgadas al amparo de la legislación anterior que no producen como efecto la transmutación de un bien demanial en privativo. Se trata, sobre todo, de concesiones sometidas a condición, normalmente consistente en el pago de un canon perpetuo (como en el supuesto resuelto por la STS de 14 de marzo de 2003, Ar. 2589) o en la realización de alguna obra o infraestructura susceptible de aprovechamiento público (embarcadero en el supuesto enjuiciado por la STS de 19 de diciembre de 2002, Ar. 3056 de 2003). Pues bien, en estos casos y en otros análogos, el incumplimiento de la cláusula concesional de que se trate es determinante de la caducidad del título.

D) Puertos**a) Los capitanes de buques mercantes deben custodiar a los polizones hasta su entrega a las autoridades competentes**

Una de las obligaciones que la legislación impone a los capitanes de los buques mercantes [artículo 115.2.a) de la Ley de Puertos y Marina Mercante de 1992] es el confinamiento y custodia de los polizones descubiertos en su interior hasta su entrega a las autoridades competentes. Cualquier negativa a su cumplimiento es considerada como una infracción sancionable, y a tal negativa ha de equipararse la realización negligente de este deber de custodia, en lo que la misma supone de incumplimiento por omisión (STS de 17 de marzo de 2003, Ar. 3074).

b) Los estibadores portuarios han de estar afiliados al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar

Tanto los artículos 2.a).6 del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto y 2 y 10 del Acuerdo para la Regulación de las Relaciones Laborales en los Puertos de 3 de enero de 1993, como en la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, prevén la afiliación de todos los estibadores portuarios al Régimen Especial del Mar. Y ello sin diferenciar si prestan sus servicios en Sociedades Estatales o en Empresas Estibadoras en régimen laboral común, tal y como se encarga de aclarar la STS de 15 de abril de 2003, Ar. 3812.

E) Pesca marítima: el no ejercicio de la licencia de pesca justifica la denegación de prelación en un censo de buques

De acuerdo con lo indicado en una entrega anterior de esta Revista, y como medida para preservar y regenerar las especies pesqueras, cabe restricción por parte de la

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Administración del derecho de acceso a los caladeros mediante el establecimiento de censos de buques. En estos censos, entre otras consideraciones, pueden fijarse prelaciones de naves en atención al cumplimiento de determinados requisitos, como pueden ser el período de tiempo que llevan faenando o la realización de la actividad pesquera en unas fechas concretas. Sobre uno de estos supuestos se pronuncia la **STS de 5 de marzo de 2003**, Ar. 2626, concluyendo en la correcta denegación de una prelación determinada por el no ejercicio de la licencia de pesca sin que concurra fuerza mayor. Nunca este hecho atentaría contra los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima, por requerir tal atentado una acción arbitraria de la Administración –apartándose de actuaciones precedentes sin motivo que lo justifique– que no existe en el caso enjuiciado.

5. CARRETERAS: ESTUDIOS INFORMATIVOS DE CARRETERAS Y PLANEAMIENTO URBANÍSTICO. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

En la **STC 151/2003, de 17 de julio**, se resuelve el conflicto positivo de competencias planteado por la Generalitat de Cataluña, en relación con el artículo 33.3 del RD 1812/1994, de 2 de septiembre, que aprueba el Reglamento General de Carreteras (que desarrolla lo establecido en el artículo 10 de la Ley de Carreteras de 1988). En este precepto se establece que la aprobación definitiva de los estudios informativos de nuevas carreteras y variantes estatales es vinculante para el planeamiento urbanístico.

La Generalitat consideraba que se vulneraban las competencias exclusivas autonómicas en materia de urbanismo (previstas en el artículo 9.9 del Estatuto de Autonomía de Cataluña), pues la vinculación que establece el artículo 33.3 del Reglamento de Carreteras no puede producirse, a su juicio, cuando en un estudio informativo el trazado de la carretera todavía no se ha concretado.

En el presente caso, el TC parte de la idea del reparto general de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de carreteras delimitado en la STC 65/1998 (véase crónica en núm. 2 de esta Revista), que además entre otros preceptos de la LCarr. de 1988 analizó la constitucionalidad del artículo 10.2 (relativo a los instrumentos de planeamiento urbanístico que afecten a carreteras estatales).

Y, a partir de ello, el TC considera que en vista del contenido que deben tener los estudios informativos de carreteras estatales, según el artículo 25.1.b) y e) del Reglamento de Carreteras, la vinculación del planeamiento urbanístico a dichos estudios no es contraria al orden constitucional de distribución de competencias (FJ 6º de la Sentencia). Y ello porque una vez es aprobado definitivamente el estudio informativo de la carretera, no puede aceptarse que el proyecto de construcción ulterior y el proyecto de trazado alteren significativamente el trazado inicial. Por este motivo, los estudios informativos no son provisionales, como afirmaba la Generalitat catalana en su recurso.

6. MONTES: DESLINDE ADMINISTRATIVO Y DERECHO DE PROPIEDAD

Debe mencionarse en este apartado la **STC 114/2003, de 16 de junio**, que desestima un recurso de amparo presentado por una Junta Vecinal palentina, contra la Sentencia de 7 de febrero de 2000, dictada por la Audiencia Provincial de Palencia, y el Auto de 21 de marzo de 2000, que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra aquélla. El pleito versó sobre la propiedad y la posesión de unos terrenos forestales, sobre los que dos Juntas Vecinales reivindicaban su propiedad.

Al margen de los argumentos sobre el derecho civil de propiedad, lo que aquí nos interesa es la existencia de un acta de deslinde administrativo de 1919 (al parecer errónea, y confirmada por el Catastro de Rústica y por el Registro de la Propiedad), en relación con los terrenos forestales controvertidos, que favorecía a la recurrente en amparo.

Sin embargo, la Sentencia objeto del recurso de amparo consideró que este hecho no era relevante a la hora de aplicar aquí las normas civiles sobre prescripción extintiva y adquisitiva, que son las que han determinado la decisión judicial impugnada en amparo.

7. MINAS

A) Expropiación en materia de aprovechamientos mineros

Destaca aquí la **STS de 23 de mayo de 2003, Ar. 4096**, donde el TS confirma la Sentencia de instancia y da la razón a la Administración, al considerar que los recursos de la Sección A) del artículo 3 de la Ley de Minas pueden aprovecharlos el dueño o las personas a las que éste ceda sus derechos (art. 16 de la Ley de Minas), por lo que cabe en este caso indemnización expropiatoria.

Sin embargo, en los recursos de la Sección C), como los existentes en el presente caso, no existe derecho a indemnización, pues es el Estado quien otorga los permisos de investigación y las concesiones de explotación de estos recursos (que son inicialmente de dominio público).

Por otra parte, la Administración ha aplicado correctamente, según el TS, el artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa en relación con los criterios de valoración adoptados.

B) Aprovechamientos mineros: denegación de autorización de suspensión temporal de trabajos mineros en una cantera

Por otra parte, en la **STS de 21 de abril de 2003, Ar. 4197**, se estima el recurso de casación frente a una Sentencia del TSJ valenciano de 1998, que había declarado inadmisibile el recurso por motivos de plazo, en un caso donde la Administración autonómica había denegado a una empresa la solicitud de suspensión temporal de los trabajos mineros en

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

una cantera, por considerar que la empresa no aportó título suficiente que acreditara la disponibilidad de los terrenos para la explotación de la cantera (art. 27 del Reglamento de Minas –RD de 25 de agosto de 1978–).

El TS considera que el plazo de interposición del recurso es aquí correcto, pues aunque se interpuso un día más tarde de su finalización, el último día era domingo, por lo que debió entenderse prorrogado en un día más.

Sin embargo, analizando el fondo del recurso, el TS da la razón a la Administración, pues la empresa solicitante de la autorización para suspender los trabajos mineros no era propietaria de los terrenos, dado que el titular del derecho de aprovechamiento es el dueño o la persona a la que éste ceda sus derechos (art. 16 de la Ley 22/1973, de Minas y concordantes del RD de 25 de agosto de 1978).

C) Ayudas a la minería por cierre de explotaciones y por suplemento de precio: incompatibilidad

Como última resolución judicial a comentar en este apartado, debe mencionarse la **STS de 10 de abril de 2003**, Ar. 3697, que confirma la STSJ de Madrid de 1997 y da la razón al Ministerio de Industria y Energía, que concedió en 1995 una subvención a la empresa Iberdrola (en aplicación de la Orden Ministerial de 31 de octubre de 1990), como compensación de sus costes de adquisición de carbón, decisión a la que se opuso una empresa minera.

La citada Orden regulaba dos tipos de ayudas compensatorias: unas para facilitar la reducción de la actividad minera y el eventual cierre de instalaciones, que percibían las empresas eléctricas que compraban carbón a las empresas mineras para destinarlo a las centrales térmicas; y unas segundas ayudas, para compensar a las empresas mineras viables por la diferencia entre los precios pactados con las empresas eléctricas por la adquisición de carbón y los costes de extracción. Ambas ayudas (la de cierre y la de suplemento de precio) eran incompatibles.

En este caso se trata de las primeras, y el TS considera acertado el criterio de la Sentencia de instancia y estima que la percepción de ambos tipos de ayudas es incompatible, y que debe optarse por una de ellas.

8. PATRIMONIO DEL ESTADO: BIENES INCAUTADOS A PARTIDOS POLÍTICOS TRAS LA GUERRA CIVIL

En este apartado, destacamos la **STS de 7 de abril de 2003**, Ar. 2953, que estima parcialmente el recurso interpuesto por Acción Nacionalista Vasca frente al Acuerdo del Gobierno de 27 de julio de 2001, que estimó parcialmente la solicitud formulada al amparo de la Ley 43/1998, de 15 de diciembre, sobre restitución o compensación a los partidos políticos de bienes y derechos incautados durante la guerra civil 1936-39 (en aplicación de la normativa sobre responsabilidades políticas).

El mencionado partido había reclamado indemnización por varios inmuebles, por arrendamientos y por cuentas corrientes incautadas, ante lo cual el Gobierno le concedió sólo parte de las peticiones que formulaba.

Pues bien, el TS considera en la mayoría de los supuestos ajustada a Derecho la denegación de la petición o en su caso la valoración de los inmuebles devueltos realizada por el Gobierno, en aplicación de las reglas de valoración y de prueba que se contienen en la citada Ley 43/1998 y en el RD 610/1999, de 16 de abril, que la desarrolla.

En el presente caso (al igual que sucede con otros supuestos similares), se aprecia que los recurrentes pueden tener razón en muchas de sus pretensiones, pero dado el transcurso de casi siete décadas, los medios de prueba (sobre todo de los arrendamientos) son en estos momentos difíciles de encontrar.

9. VÍAS PECUARIAS: INCOMPATIBILIDAD CON LA CALIFICACIÓN COMO SUELO URBANO. CUESTIONES DE DESLINDE

Debe mencionarse aquí en primer lugar la **STS de 22 de abril de 2003**, Ar. 3723, donde el Tribunal Supremo anula la Sentencia de instancia (del TSJ de Madrid) y da la razón a la parte demandante, frente a la previsión de un vial en un Plan Especial de Reforma Interior aprobado en la localidad madrileña de Pinto, que atravesaba una vía pecuaria.

Aplicando la legislación sobre vías pecuarias entonces vigente (en 1994), que estaba constituida por la Ley 22/1974, de 27 de junio y su Reglamento (RD 2876/1978, de 3 de noviembre), el TS se plantea la cuestión de si es posible o no aprobar un PERI (instrumento urbanístico que exige que el suelo sobre el que se realiza la actuación sea suelo urbano) en un terreno sobre el que discurre una vía pecuaria.

Pues bien, en el presente caso se llega a la conclusión de que no es posible la aprobación de un PERI en una situación como la presente, de modo que es incompatible el destino del suelo como cañada con el destino como vial previsto en el PERI.

No se trata, pues, de un supuesto de ocupación temporal previsto en el artículo 7 de la citada Ley 22/1974 y artículos 60 y 61 del RD 2876/1978, pues no se ha solicitado aquí la preceptiva concesión.

Además, los usos que aquí se contraponen (el de vial y el de cañada) son contradictorios, y contrarios al espíritu de las normas antes citadas (y, por supuesto, mucho más todavía al de las aprobadas sobre esta materia con posterioridad y, en particular, a la nueva Ley de 1995).

Por otra parte, la **STS de 27 de mayo de 2003**, Ar. 4104, confirma la Sentencia del TSJ andaluz y da la razón a la Junta de Andalucía, en un asunto relativo a un expediente de deslinde de una vía pecuaria.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Se considera aquí que el acto de deslinde es conforme a Derecho, y que se han seguido los trámites establecidos en el artículo 14 de la Ley de Patrimonio del Estado y artículo 24.2 del RD 2876/1978, de 3 de noviembre, que aprueba el Reglamento de Vías Pecuarias, siendo las cuestiones relativas a propiedad o posesión competencia de los tribunales civiles. En relación con ello, la Administración, al realizar el deslinde, sí puede examinar los datos registrales y demás datos que acrediten los derechos reales sobre fincas, actuaciones que en el presente caso el Tribunal de instancia y el TS consideran que se han realizado correctamente, de modo que las pruebas practicadas acreditan este extremo.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

ELOY COLOM PIAZUELO

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE**Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las**

Comunidades Europeas. A) Consumo de combustible y de emisiones de CO₂ e información al consumidor. Incumplimiento de Italia y Alemania. B) Residuos, concepto. Lo son, en determinadas circunstancias, las gangas y arenas procedentes de una explotación minera. La interpretación de la expresión relativa a los residuos que “ya estén cubiertos por otra legislación”. C) Residuos, su vertido. Incumplimiento por parte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. D) Conservación de las aves silvestres. Excepciones a las fechas de apertura y de cierre de la temporada de caza. E) Conservación de fauna y flora. Correcta trasposición de la Directiva 92/43/CEE por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. El supuesto de intervención sucesiva de dos autoridades nacionales en actos relativos a especies animales protegidas. F) Fauna y flora silvestre, comercio internacional de especies amenazadas. Interpretación de la normativa aplicable que conduce a una amplia protección de las especies amenazadas.

G) Microorganismos modificados genéticamente. Incumplimiento de Luxemburgo.

H) Limitación de las emisiones de compuestos orgánicos volátiles debidas al uso de disolventes orgánicos en determinadas actividades e instalaciones. Incumplimiento de la República Italiana. I) Calidad de las aguas para cría de moluscos y programa para reducir la contaminación. Incumplimiento de Irlanda. J) Contaminación producida por nitratos e incumplimiento de las obligaciones que le incumben por el Reino de los Países Bajos. El papel de los impuestos ambientales nacionales en relación a las obligaciones fijadas por la normativa comunitaria. **3. Actividades clasificadas.** A) La clausura de una actividad tolerada que se viene ejerciendo sin licencia exige el trámite previo e inexcusable de

audiencia al interesado. B) No puede obtenerse por silencio administrativo una licencia de actividad sin la previa y doble denuncia de mora. C) Clausura procedente de la actividad de un disco-bar sin trámite de audiencia cuando el interesado ha incurrido en notoria falta de colaboración con la Administración. **4. Evaluación de impacto ambiental: no resulta exigible para las variantes aunque formen parte de un proyecto unitario**

más amplio de carretera. 5. Residuos. A) Legitimidad de las Entidades Locales para el establecimiento de tasas por los servicios de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos. B) La tasa por recogida domiciliaria de basuras se devenga desde que se inicia la prestación del servicio y el sujeto pasivo tiene la posibilidad de utilizarlo. **6. Espacios**

Naturales Protegidos. A) La declaración de Parque Natural sin la previa aprobación de un PORN exige la aprobación de este último en el plazo de un año. B) Competencia de las Comunidades Autónomas para la aprobación de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales de un ulterior Parque Nacional. C) La falta de respuesta de la Administración Autonómica a las alegaciones formuladas en los trámites de audiencia, información y consulta públicas provoca la nulidad del PORN aprobado. **7. Aguas continentales.**

A) Caudal ecológico a respetar por salto hidroeléctrico: la obligación derivaba de la licencia municipal de actividad. B) Tributo ambiental: canon de vertido, interpretación de la normativa aplicable. **8. Montes: sanciones por pastoreo en reserva nacional de caza.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida desde agosto al día 6 de noviembre de 2003; la ordinaria del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia 2301 de 2003 a la 4202 (cuadernillos 9 a 15) y la Constitucional desde la 110/2003, de 16 de junio a la 184/2003, de 23 de octubre.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

A) Consumo de combustible y de emisiones de CO₂ e información al consumidor. Incumplimiento de Italia y Alemania

Dos Sentencias han aparecido en este período sobre incumplimientos de Estado en relación a la Directiva 1999/1994/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, relativa a la información sobre el consumo de combustible y sobre las emisiones de CO₂. Ambas Sentencias tienen idéntico contenido y constatan, simplemente, que en la fecha marcada por la Directiva para el cumplimiento por parte de los Estados –18 de enero de 2001– ni Italia ni Alemania habían adoptado ningún tipo de medidas sin que las referencias a la estructura interna de los Estados, a la existencia de proyectos o a la necesidad de proceder previamente por Ley, puedan obstar a la constatación del incumplimiento del Estado que es referida a la fecha que aparezca en el dictamen moti-

vado de la Comisión. Pueden verse, así, la **STJCE** (Sala Segunda) de 11 de septiembre de 2003, **As. C-22/02**, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República italiana y la **STJCE** (Sala Primera) de 25 de septiembre de 2003, **As. C-74/02**, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Federal de Alemania. Como se recordará, estas Sentencias siguen a otra considerada en el número anterior de esta Revista (21) y relativa a Francia. Se trataba de la **STJCE** (Sala Quinta) de 19 de junio de 2003, **As. C-161/02**.

B) Residuos, concepto. Lo son, en determinadas circunstancias, las gangas y arenas procedentes de una explotación minera. La interpretación de la expresión relativa a los residuos que “ya estén cubiertos por otra legislación”

De nuevo aflora en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la difícil cuestión de la fijación del concepto de residuo. Comentamos en esta ocasión la **STJCE** (Sala Sexta) de 11 de septiembre de 2003, **As. C-114/01**, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Korkein hallinto-oikeus (es el Tribunal Supremo Administrativo de Finlandia), destinada a obtener, en un procedimiento incoado por la empresa AvestaPolarit Chrome Oy, una interpretación prejudicial sobre la interpretación de varios preceptos de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos, en su versión modificada por la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991. En el procedimiento, y dada la trascendencia general que tienen las cuestiones debatidas, intervendrán también los Gobiernos finlandés, alemán, austríaco y del Reino Unido.

El procedimiento judicial nacional se desarrollaba en torno a un recurso interpuesto por la empresa AvestaPolarit Chrome Oy (con otro nombre cuando interpuso el recurso) contra determinadas condiciones impuestas por un órgano administrativo finés (Centro regional del medio ambiente) para la explotación de una mina. En concreto, el órgano administrativo consideraba que los residuos y subproductos resultantes de la explotación de la mina no son directamente reutilizables ni comercializables como tales y, por ello, deberían considerarse residuos a los efectos de la normativa interna sobre residuos. Sin embargo, precisaba también el órgano administrativo, en la medida en que esos residuos y subproductos se valoraran como tales (por ejemplo, mediante la reinyección a la mina) no se considerarían residuos. La Sociedad recurrente consideraba, sin embargo, que la ganga y la arena residual procedente de la explotación minera, no eran residuos en ningún caso y no estaban sometidos a la Directiva y a la normativa finlandesa correspondiente.

Sobre esta cuestión versa la primera de las preguntas que como cuestión prejudicial se plantea al TJCE. Éste, para dar su respuesta, comienza apoyándose en una reciente Sentencia comentada en el núm. 16 de esta Revista, págs. 248 y 249, también relativa a Finlandia y a las gangas procedentes de una explotación minera. Se trata de la **STJCE** de 18 de abril de 2002 (Sala Sexta) **As. C-9/00**, en la que se llegaba a la determinación como residuo en función de varias circunstancias, como la de generarse las gangas como resultado de una actividad de producción de un concreto mineral y no como una volun-

tad específica dirigida a obtenerlas de modo industrial así como de la incertidumbre —en los casos en que hubiera almacenamiento previo— de que, realmente, fuera posible en su momento una operación de reutilización de estas gangas y arenas. Esto va a ser también en este caso el presupuesto a efectos del razonamiento en relación a una situación muy semejante y en la que se va a afirmar igualmente el carácter de residuo conforme a la Directiva 75/442/CEE de las gangas y arenas residuales procedentes de una explotación minera con la única excepción de que fueran necesarias para el relleno de las galerías de la mina y su poseedor diera suficientes garantías sobre la identificación y la utilización efectivas de las sustancias empleadas para tal fin.

La segunda cuestión hace referencia a la interpretación del artículo 2.1.b) de la Directiva 75/442/CEE, según el cual quedan fuera del ámbito de la Directiva los residuos que “ya estén cubiertos por otra legislación”. El órgano judicial finés pregunta acerca de la interpretación de esa expresión y, en concreto, si puede referirse a la propia legislación nacional (y no sólo a otra normativa comunitaria) y si, en ese caso, esa otra legislación nacional debería estar en vigor cuando se hubiera promulgado la Directiva comunitaria 75/442/CEE o podría ser aprobada posteriormente. La respuesta del Tribunal es muy matizada y pormenorizada. Recuerda, así, que el que pueda existir otra normativa comunitaria sobre clases específicas de residuos, ya está previsto por el artículo 2.2. de la Directiva 75/442/CEE y existen, además, Directivas específicas para determinados residuos (pilas, por ejemplo). Por lo tanto es posible que la expresión “otra legislación” pueda referirse también a la normativa nacional. Ahora bien, no cualquier normativa nacional sería válida a esos efectos, sino solamente una que específicamente se orientara a la realización de los valores y principios de la propia Directiva 75/442/CEE y que no condujera a una menor protección ambiental que la derivada de la propia Directiva.

En relación a la cuestión de si esta otra normativa sería la vigente en el momento de la promulgación de la Directiva 75/442/CEE o podría ser posterior, el Tribunal responde que en sus términos lógicos la expresión del artículo 2.1.b) cubre ambas posibilidades.

C) Residuos, su vertido. Incumplimiento por parte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

La STJCE (Sala Tercera) de 16 de octubre de 2003, As. C-432/02, 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 las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 18 de la Directiva 1999/31/CE del Consejo, de 26 de abril, de 1999, relativa al vertido de residuos. Esta Directiva entró en vigor el 16 de julio de 1999, y correspondía la puesta en marcha de las correspondientes disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para cumplirla, a más tardar dos años después de su entrada en vigor.

Es de notar que el Reino Unido aceptó la falta de cumplimiento distinguiendo, sin embargo, distintas medidas que en Inglaterra y País de Gales, Escocia, Irlanda del Norte y Gibraltar, estaban en trance de ser adoptadas. El Tribunal, no obstante, constata el

incumplimiento en la fecha final del plazo señalado en el dictamen motivado, y condena en costas al Reino Unido.

D) Conservación de las aves silvestres. Excepciones a las fechas de apertura y de cierre de la temporada de caza

También constituye la resolución de una cuestión prejudicial la **STJCE (Sala Sexta) de 16 de octubre de 2003, As. C-182/02**, y que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 234 CE, por el Conseil d'Etat (Francia) dirigida a obtener en un determinado litigio una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 9, apartado 1, letra c) de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril, de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres.

La cuestión la plantea el Conseil d'Etat en el marco de un proceso relativo a varios recursos interpuestos por organizaciones de protección de los pájaros y contrarias a la caza contra el Decreto 2000-754, de 1 de agosto de 2000, relativo a las fechas de caza de las aves acuáticas y migratorias y por el que se modifica el Código Rural.

El problema planteado consiste en que el artículo 7.4 de la Directiva contiene unos límites a la potestad de los Estados de autorizar la caza. Esos límites hacen referencia a la utilización razonable y a la regulación equilibrada desde el punto de vista ecológico. A esos efectos debe velarse para que no se permita cazar durante la época de anidar y durante los estados de reproducción y de crianza. Si se trata de especies migratorias, hay que velar para que las especies no sean cazadas durante su período de reproducción ni durante su trayecto de regreso hacia su lugar de nidificación.

Pero, por otra parte, el artículo 9.1.c) de la Directiva, permite a los Estados establecer excepciones a ese artículo (y a otros) “para permitir, en condiciones estrictamente controladas y de un modo selectivo, la captura, la retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas aves en pequeñas cantidades”. La cuestión clave planteada por el Conseil d'Etat es la de los criterios que debe seguir el Estado para establecer tales excepciones.

El TJCE sienta, entonces, una doctrina interpretativa que transcribimos en su literalidad de lo consignado en el apartado 19 de la Sentencia. Los Estados podrán adoptar esas resoluciones si:

- no hay otra solución satisfactoria. Este requisito no se cumple, en particular, cuando la medida que autoriza la caza con carácter excepcional está destinada únicamente a prorrogar los períodos de caza de determinadas especies de aves en territorios ya frecuentados por éstas durante los períodos de caza fijados con arreglo al artículo 7 de la Directiva.
- se configura de manera que se lleve a cabo en condiciones estrictamente controladas y de un modo selectivo.
- sólo se refiere a determinadas aves en pequeñas cantidades.

– se mencionan: a) las especies que serán objeto de las excepciones; b) los medios, instalaciones o métodos de captura o muerte autorizados; c) las condiciones de peligro y las circunstancias de tiempo y de lugar en las que podrán hacerse dichas excepciones; d) la autoridad facultada para declarar que se reúnen las condiciones requeridas y para decidir qué medios, instalaciones o métodos podrán aplicarse, dentro de qué límites y por parte de qué personas”; e) los controles que deben llevarse a cabo”.

E) Conservación de fauna y flora. Correcta trasposición de la Directiva 92/43/CEE por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. El supuesto de intervención sucesiva de dos autoridades nacionales en actos relativos a especies animales protegidas

Es más que habitual que en los recursos por incumplimiento de obligaciones de los Estados, la Comisión Europea vea reconocidas sus tesis por el Tribunal de Justicia. También hay alguna excepción, lo que suele confirmar la regla general. Una de estas excepciones es la constituida por la STJCE (Sala Sexta) de 6 de noviembre de 2003, As. C-434/01, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. La Sentencia constata que este país no ha incumplido las obligaciones que le incumben según la Directiva 92/43/CEE, del Consejo de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres. En concreto, se afirma que una normativa inglesa de 1994 ha traspuesto correctamente dicha Directiva junto con –que es lo que se debate en el supuesto– las posibilidades de que autoridades nacionales excepcionen supuestos de protección de especies en peligro de extinción. Más concretamente, el Tribunal de Justicia indica que no hay ningún inconveniente en que una autoridad local otorgue una licencia de construcción que pueda afectar a dichas especies y en la que, según el derecho inglés, sólo deben “tomarse en consideración” los principios de protección, siempre y cuando –como sucede según la normativa inglesa– la autoridad nacional competente decida, definitivamente, sobre dicha protección.

F) Fauna y flora silvestre, comercio internacional de especies amenazadas. Interpretación de la normativa aplicable que conduce a una amplia protección de las especies amenazadas

La STJCE (Sala Sexta) de 23 de octubre de 2003, As. C-154/2002, tiene por objeto resolver una serie de preguntas planteadas por un Tribunal sueco ante el que se está desarrollando un proceso penal en el que deben interpretarse algunas normas del Reglamento (CE) 338/97, del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio en su versión modificada por el Reglamento (CE) 2307/97 de la Comisión, de 18 de noviembre de 1997 así como el Reglamento 1808/2001 de la Comisión de 30 de agosto de 2001. Además de ello, debe tenerse en cuenta la existencia de la Convención de 3 de marzo de 1973 sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres aplicable en la Comunidad Europea a partir del 1 de enero de 1984 según determina el Reglamento (CEE) 3626/82 del Consejo, de 3 de diciembre de 1982.

La cuestión, como se desprenderá de la simple enumeración de la normativa que debe tenerse en cuenta es muy compleja, pero va a ser simplificada al máximo en este comentario atendiendo, solamente, a las respuestas que se plantean a las preguntas del Tribunal Sueco. Como se advertirá, en todas las respuestas el Tribunal lleva a cabo una interpretación que conduce a la más amplia capacidad de protección posible.

El imputado había comprado en 1998 en una ciudad sueca una serie de ejemplares muertos y disecados de especies protegidas por el Reglamento 338/1997. La primera cuestión planteada es si un animal disecado está dentro del ámbito de protección de la norma. El Tribunal de Justicia responde afirmativamente, puesto que los preceptos aplicables hablan de una transformación “integral y profunda” que se cumple en el caso de los animales disecados sea cual sea el método de disección.

Según la normativa aplicable, debe interpretarse también el concepto de “adquisición”. Para que puedan darse los supuestos de protección, el espécimen ha debido ser “adquirido” por el sujeto. La respuesta a la pregunta planteada, indica que dentro del concepto de adquisición entra no solamente la adquisición onerosa, sino también las adquisiciones mediante donaciones, herencias y el hecho de matar un animal y apropiárselo.

En la normativa aplicable y a efectos de los especímenes “elaborados” (como los animales disecados) debe tenerse en cuenta la fecha de adquisición, pues el Reglamento 338/1997 deja fuera de su ámbito de protección fechas anteriores a los cincuenta años de su vigencia (1947). La interpretación del Tribunal es que el ámbito del Reglamento abarca a especímenes elaborados antes de 1947 siempre y cuando fueran objeto de una nueva “adquisición” a partir de esa fecha.

G) Microorganismos modificados genéticamente. Incumplimiento de Luxemburgo

La **STJCE (Sala Segunda) de 16 de octubre de 2003, As. C-325/2002**, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Gran Ducado de Luxemburgo, declara el incumplimiento de este Estado de las obligaciones que le impone el artículo 2 de la Directiva 98/81/CE, del Consejo, de 26 de octubre de 1998, por la que se modifica la Directiva 90/219/CEE relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente, al limitarse a adaptar a su derecho interno una parte del artículo 1 y los anexos IV y V de la Directiva.

La Directiva 98/81/CE entró en vigor el 5 de diciembre de 1998 y el plazo de cumplimiento expiraba dieciocho meses después de dicha entrada en vigor.

Luxemburgo reconoce su incumplimiento aduciendo, no obstante, que está en trance de hacerlo. Conforme a la jurisprudencia consolidada, el Tribunal constata el incumplimiento y se le condena en costas.

Como podrá comprobarse, esta Sentencia se une a dos precedentes de 13 de marzo de 2003, en las que se había constatado el mismo incumplimiento por parte de España y de Bélgica y que han sido comentadas en el núm. 20 de esta Revista.

H) Limitación de las emisiones de compuestos orgánicos volátiles debidas al uso de disolventes orgánicos en determinadas actividades e instalaciones. Incumplimiento de la República Italiana

La STJCE (Sala Primera) de 2 de octubre de 2002, As. C-348/02, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana, constata el incumplimiento de este país de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 15 de la Directiva 1999/13/CE del Consejo, de 11 de marzo de 1999, relativa a la limitación de las emisiones de compuestos orgánicos volátiles debidas al uso de disolventes orgánicos en determinadas actividades e instalaciones.

La fecha de adopción de las medidas para ejecutar esta Directiva era el 1 de abril de 2001. En el procedimiento la República Italiana indicó que existía un proyecto de Decreto para cumplir dichas obligaciones. El Tribunal constató el incumplimiento y condenó en costas a la República Italiana.

I) Calidad de las aguas para cría de moluscos y programa para reducir la contaminación. Incumplimiento de Irlanda

La STJCE (Sala Cuarta) de 11 de septiembre de 2003, As. C-67/02, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda, constata el incumplimiento de este país de las obligaciones que le incumben por la Directiva 79/923/CE del Consejo, de 30 de octubre de 1979, relativa a la calidad exigida a las aguas para cría de moluscos, al no haber establecido unos programas para reducir la contaminación tal y como indica el artículo 5.

Como suele ser usual en este tipo de Sentencias, Irlanda adujo la existencia de distintos proyectos de programas todavía no aprobados. Se constata, pues, el incumplimiento y se condena en costas a Irlanda.

J) Contaminación producida por nitratos e incumplimiento de las obligaciones que le incumben por el Reino de los Países Bajos. El papel de los impuestos ambientales nacionales en relación a las obligaciones fijadas por la normativa comunitaria

Nos situamos ahora ante una compleja y muy técnica Sentencia y de la que me parece lo más resaltable las distintas apreciaciones que se hacen en ella de un Impuesto ambiental establecido por el Reino de los Países Bajos en relación al cumplimiento de las obligaciones fijadas por la normativa comunitaria. Así, la STJCE (Sala Sexta) de 2 de octubre de 2003, As. C-322/00, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de los Países Bajos, constata el incumplimiento por este país de muy diversas obligaciones fijadas por la Directiva 91/776/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos procedentes de fuentes agrarias.

A los efectos de lo que queremos transmitir en este lugar, conviene comenzar dedicando un pequeño espacio a la narración de la normativa holandesa sobre el control de la producción de estiércol y que leemos de la forma que sigue en la propia Sentencia. El régimen que tiene aplicación en este caso se basa en un sistema de imposición de los minerales que la Sentencia va a calificar como el régimen MINAS. Está regulado este impuesto en una Ley de 27 de noviembre de 1986 reguladora del comercio de fertilizantes y de la eliminación de los excedentes de fertilizantes modificada por otra Ley de 16 de septiembre de 1999.

Este régimen MINAS trata de conseguir una reducción de las pérdidas de nitrógeno y fosfatos en las explotaciones agrícolas por infiltración en el medio ambiente. El régimen se basa en la idea de un uso equilibrado del nitrógeno y de los fosfatos por parte de los agricultores. El aporte de nitrógeno y de fosfatos no debe ser superior a su eliminación a lo largo de todo el proceso productivo más una pérdida tolerada y que determinan las normas aplicables. Pues bien, la clave del régimen consiste en que todo agricultor está obligado a pagar un impuesto cuando el aporte de nitrógeno y de fosfatos en una explotación sea mayor a la eliminación de estos minerales y en una medida superior a las normas sobre pérdidas que la propia Ley contiene. (En la Sentencia se proporcionan muchos más datos acerca de la cuantía del impuesto, valores límite, etc.)

Resumiendo, la idea de equilibrio entre aportes y pérdidas no es enteramente obligatoria, pues puede desvirtuarse —en perjuicio para el medio ambiente— trayendo como consecuencia la del pago de un impuesto por parte del agricultor. En términos expresivos, se paga como consecuencia de una contaminación, y si se paga se puede contaminar.

Pues bien, este sistema holandés se va a considerar incompatible con distintas obligaciones derivadas de la Directiva que, tal y como es leída por el Tribunal, trata de conseguir (entre otras muchas cosas) un equilibrio entre aportes y pérdidas que no puede en modo alguno ser subvertido aun cuando se pague un impuesto. En palabras textuales del apartado 49: “(...) para demostrar que el estiércol excedentario se eliminará de forma que no cause daños al medio ambiente, en el sentido de dicha disposición, no basta poner de manifiesto que el titular de una explotación que no cumpla este requisito estará sujeto a un impuesto en virtud del régimen MINAS. En efecto, la imposición de un impuesto de esta índole no remedia el incumplimiento de la obligación impuesta por la Directiva y prueba por el contrario que ya se ha producido la contaminación de las aguas que la Directiva pretende prevenir”.

En función de lo indicado y de otros procesos de razonamiento de carácter excesivamente técnico como para ser expuestos en este lugar, se constata el incumplimiento del Reino de los Países Bajos de la obligación de haber incluido en su programa de acción normas obligatorias conforme a las cuales, en cada explotación o unidad ganadera, la capacidad de los tanques de almacenamiento de estiércol deba ser superior a la requerida para el almacenamiento en el período más largo durante el cual esté prohibida la aplicación de estiércol a la tierra en los Países Bajos [art. 5.4.a) en relación con el anexo III, apartado 1, punto 2 de la Directiva]. A esos efectos no se considera suficiente la alegación de los Países Bajos según la cual la capacidad de almacenamiento “nacional” sí que supera los límites indicados.

Igualmente es contrario a la Directiva que el programa de acción holandés no incluya normas relativas a la limitación de la aplicación de fertilizantes a las tierras basadas en un equilibrio entre, por una parte, la cantidad previsible de nitrógeno que vayan a precisar los cultivos y, por otra parte, la cantidad de nitrógeno que los suelos y los fertilizantes proporcionan a los cultivos [art. 5.4.a) en relación con el anexo III, apartado 1, punto 3 de la Directiva].

Indica también el Tribunal que los Países Bajos no han incluido en su programa de acción medidas que garanticen que la cantidad de estiércol aplicada a las tierras cada año no exceda de la cantidad por hectárea autorizada por la Directiva [art. 5.4.a) en relación con el anexo III, 2 de la Directiva]. Es claro que la cantidad que fija la directiva, 170 kg por ha a partir del 20 de diciembre de 1999 y 210 kg por ha con anterioridad, es muy clara y taxativa.

También se reconoce que no se han incluido en su programa de acción determinadas medidas que deberían incluirse en el código de buenas prácticas agrarias y que miran a completar distintas disposiciones de la Directiva [art. 5.4.b) en relación con el art. 4.1.a) y con el anexo II, parte A), puntos 1, 2, 4 y 6].

Finalmente se reprocha que el Reino de los Países Bajos no ha adoptado medidas adicionales o acciones reforzadas pese a que el mismo país ha constatado que las medidas propuestas por la Directiva no serían suficientes dada la situación específica de Holanda y que, con ello, no podrían alcanzarse los objetivos especificados en el artículo 1 de la Directiva (art. 5.5).

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

A) La clausura de una actividad tolerada que se viene ejerciendo sin licencia exige el trámite previo e inexcusable de audiencia al interesado

El TS, en dos SSTS de 28 de febrero de 2003, Ar. 2414 y 2416, reitera de nuevo su constante doctrina de que para la clausura de una actividad sujeta al Reglamento de actividades molestas de 1961, que se viene desarrollando sin licencia, es requisito esencial la previa audiencia del titular de la misma, salvo en casos de peligro o riesgo que exijan una decisión administrativa urgente.

B) No puede obtenerse por silencio administrativo una licencia de actividad sin la previa y doble denuncia de mora

En la STS de 8 de marzo de 2003, Ar. 2565, el TS entiende que no se ha obtenido por silencio administrativo positivo la licencia de actividad ya que no se ha denunciado adecuadamente la mora conforme al artículo 33.4 del Reglamento de actividades molestas de 1961, dado que el escrito dirigido a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos no

llegó a ese organismo al haber sido presentado en el Ayuntamiento, y por cuanto no se ha demostrado que existiera el oportuno convenio entre las distintas administraciones.

C) Se declara procedente la clausura de un disco-bar sin trámite de audiencia previa cuando el interesado ha incurrido en notoria falta de colaboración con la Administración

El TS en su STS de 26 de febrero de 2002, Ar. 2332 de 2003, aplicando la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en las Sentencias núms. 137/1996, de 16 de septiembre, y 99/1997, de 20 de mayo, a la clausura de un disco-bar sin trámite de audiencia previa, la declara procedente. Razona el Alto Tribunal que no puede pretender beneficiarse del derecho a la defensa quien ha incurrido en una notoria falta de colaboración con la Administración, cuando además, como consta en el expediente, fueron continuos los requerimientos y apercibimientos de la Administración para que se pusiera remedio al exceso de decibelios producidos en el local con escaso éxito, dando lugar a reiteradas visitas al local con las correspondientes comprobaciones de sonoridad.

4. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: NO RESULTA EXIGIBLE PARA LAS VARIANTES AUNQUE FORMEN PARTE DE UN PROYECTO UNITARIO MÁS AMPLIO DE CARRETERA

Estimando el motivo de casación alegado por la recurrente Diputación Foral de Vizcaya —que llevará a la casación de la sentencia del TSJ del País Vasco que había estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el particular recurrente quien pretendía la nulidad del acto de aprobación del “Proyecto de Trazado de la Variante de Markina” por carecer de declaración de impacto ambiental— el TS, en su STS de 27 de febrero de 2003, Ar. 2616, con base en una interpretación sistemática de los artículos 9 y 4.4 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, llega a la conclusión de que quedan excluidas de la exigencia de previa declaración de impacto ambiental las variantes de carreteras aunque formen parte de un proyecto unitario más amplio en la medida en que el legislador ha querido literalmente (art. 4.4 de la citada Ley) que no se atribuya nunca la condición de nueva carretera a una variante y no existir en el momento de dictarse el acto de aprobación del proyecto norma con rango de Ley que previera tal requisito (FJ 2º).

5. RESIDUOS

A) Legitimidad de las Entidades Locales para el establecimiento de tasas por los servicios de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos

La Sala de la Contencioso-Administrativo del TS en su STS de 3 de febrero de 2003, Ar. 2360, siguiendo la doctrina sentada en las anteriores Sentencias de 29 de mayo y 27 de octubre de 2000, Ar. 4278 y 8539, estimará el Recurso de Casación interpuesto por el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera y desestimará el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la modificación de la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa sobre

los servicios de tratamiento y aprovechamiento de residuos sólidos urbanos para el ejercicio de 1995. El TS justifica la legitimidad cuestionada de las entidades locales para el establecimiento de la tasa por prestación de estos servicios con base en el artículo 53, en relación con los artículos 20 y 21, de la Ley de Haciendas Locales en concordancia con el artículo 26.1 de la LBRL. Interpretado este último en el sentido de que la prestación obligatoria del servicio incluye no sólo la recogida sino también el tratamiento de los residuos sólidos urbanos. Lo que viene reforzado en la actualidad por cuanto la Ley 25/1998, de 13 de julio, al modificar en su artículo 66 el artículo 20 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, permite en el nuevo apartado 4.s) la exacción de tasas por “Recogida de residuos sólidos, tratamiento y eliminación de los mismos (...)”, resolviendo, aunque con posterioridad, la cuestión planteada.

B) La tasa por recogida domiciliaria de basuras se devenga desde que se inicia la prestación del servicio y el sujeto pasivo tiene la posibilidad de utilizarlo

Interpuesto Recurso de Casación por el Ayuntamiento de Burgos contra la STSJ de Castilla-León, con sede en Burgos, estimatoria del recurso deducido por la Administración del Estado contra el acuerdo de ese Ayuntamiento por el que se denegaba a la Comandancia de la Guardia Civil de Burgos la baja en el padrón de la Tasa de recogida de basuras a tres viviendas de la Comandancia por haber quedado desocupadas, el TS, en su **STS de 7 de marzo de 2003**, Ar. 3763, estimará aquél casando la sentencia y desestimaré la demanda interpuesta en su día atendiendo a la doctrina tradicional de la Sala.

Según dicha doctrina, frente a lo pretendido por la Administración del Estado, la tasa referida se devenga por el mero hecho de que el servicio de basuras esté establecido y los locales, viviendas, etc., se hallen en la ruta que siguen los vehículos de recogida, siendo a estos efectos intrascendente que ocasionalmente una vivienda concreta se halle desocupada, pues no por ello el servicio los elude. Es decir que el momento del devengo de la tasa coincide con el del inicio de la prestación del servicio que posibilita que el sujeto pasivo lo utilice, con independencia de la mayor o menor intensidad de uso.

6. ESPACIOS NATURALES

A) La declaración de Parque Natural sin la previa aprobación de un PORN exige la aprobación de este último en el plazo de un año

Siguiendo la doctrina sentada por el TC en la Sentencia 163/1995, de 8 de noviembre, por la que se declaró la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 2/1989, de 18 de julio, de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía, el TS, en su **STS de 6 de mayo de 2003**, Ar. 4053, anulará el Decreto 27/1993, de 24 de febrero, de la Junta de Andalucía, por el que se declaró parque natural el “Área de Cornalvo” sin la pre-

via aprobación de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) acogiendo a la excepcionalidad prevista en el artículo 15 de la Ley 4/1989, de Conservación de los Espacios Naturales, Flora y Fauna Silvestres, que permite dicha posibilidad bajo la condición, no cumplida en el presente caso, de que se proceda a la aprobación del PORN en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley declarativa.

A mayor abundamiento el TS utiliza entre los argumentos anulatorios del Decreto, como también hiciera el TC en la sentencia citada, el de que el PORN cumple además con la finalidad prevista en el artículo 6 de la Ley 4/1989 de permitir la audiencia de los interesados, la información pública y la consulta de los intereses sociales afectados, trámites que quedan demorados, al aprobar previamente el Decreto declarativo del Parque Natural, al momento de la tramitación del PORN dentro del año que permite la Ley 4/1989, por lo que transcurrido dicho plazo sin la aprobación del Plan la Declaración del espacio natural queda sin cobertura.

B) Competencia de las Comunidades Autónomas para la aprobación de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales de un ulterior Parque Nacional

Tras reconocer la duda que suscita la regulación de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales en la determinación de la competencia para la aprobación de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) cuando éstos sean constitutivos del requisito previo necesario para la declaración de Parque Nacional cuya competencia corresponde a las Cortes Generales (art. 22), el TS, estimando el motivo de Casación alegado, revoca la sentencia del TSJ de Extremadura, que deja sin efecto, en los fundamentos de derecho primero a quinto de su **STS de 4 de marzo de 2003**, Ar. 3762.

El TS resuelve el conflicto planteado frente a la sentencia recurrida aplicando la doctrina ya conocida del TC por sus Sentencias 102/1995, de 26 de junio y 306/2000, de 12 de diciembre. En dichas sentencias el TC llegó a la conclusión de que, en interpretación sistemática de la regulación contenida en la Ley 4/1989, la competencia para la elaboración y aprobación de los PORN cuando éstos sean constitutivos del requisito previo a la declaración de un Parque Nacional corresponderá a las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan asumidos el desarrollo legislativo y la ejecución como era el caso de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

C) La falta de respuesta de la Administración Autonómica a las alegaciones formuladas en los trámites de audiencia, información y consulta públicas provoca la nulidad del PORN aprobado

El TS en su **STS de 25 de febrero de 2003**, Ar. 3632, al enjuiciar el primero de los motivos formulados en el Recurso de Casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto, entre otros, contra el Decreto 23/1995, de 28 de marzo, por el que se aprobó el PORN de Cabañeros-Rocigalpo, y que se concretó por los recurrentes en la infracción del pro-

cedimiento establecido en el artículo 6 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, va a dejar asentada su doctrina respecto a la trascendencia que tienen los trámites de audiencia a los interesados, información pública y consulta de los intereses sociales e institucionales afectados y de las asociaciones que persigan el logro de los principios inspiradores de la Ley mencionados en el artículo 2.

Doctrina que se reitera en la Sentencia 4 de marzo de 2003, Ar. 3762, arriba comentada, casando la sentencia de instancia, toda vez que los particulares recurrentes en sus alegaciones pretendían además la nulidad de lo actuado por omisión del procedimiento establecido y, concretamente, de los trámites exigidos por el artículo 6 de la Ley 4/1989 en el que se prescribe que el procedimiento de elaboración de los citados Planes incluirá necesariamente los trámites de audiencia a los interesados, información pública y consulta de los intereses sociales e institucionales afectados y de las asociaciones que persigan el logro de los principios inspiradores de la Ley, mencionados en el artículo 2. Y entrando a continuación (FFJJ 6º a 9º) a enjuiciar el resto de las pretensiones planteadas por los recurridos en la instancia declara finalmente la nulidad del Decreto de la Junta de Extremadura por el que se había aprobado el PORN del Área de Monfragüe.

Después de dejar claro que el mencionado artículo 6 establece la ineludible y rigurosa exigencia de esos trámites, el TS manifiesta que el exacto cumplimiento de tales trámites exige para considerar integrado y realizado el trámite de audiencia pública, no sólo la mera formulación y recepción de los diversos alegatos sino la reposada lectura de los mismos por la Administración, así como la contestación expresa de las razones que llevan a la aceptación o rechazo de las alegaciones formuladas (FJ 7º de la sentencia de 4 de marzo de 2003).

En la Sentencia de 25 de febrero el Tribunal explicita mayores precisiones en relación a cada uno de los requisitos exigidos para un correcto cumplimiento del trámite prescrito. Respecto a la previa audiencia, para que el trámite se entienda cumplido, requiere que se produzca “diálogo”, “participación” y “respeto”, entendiendo que nada de esto hay cuando la Administración no realiza acto alguno que demuestre que lo alegado ha sido tomado en consideración de alguna manera en la decisión final. En relación a la información pública en la que se omitieron acuerdos que constituyen un antecedente básico del Plan impugnado resulta evidente para el Tribunal que sin su conocimiento y examen el PORN impugnado carece de los antecedentes que justifican su iniciación. En cuanto al trámite de consulta considera necesario que las alegaciones y sugerencias formuladas sean objeto de la consideración y reflexión debidas. La Sala terminará destacando que en materia medioambiental la doctrina es unánime en punto a exigir una plena aceptación de las normas por parte de la Comunidad que las ha de cumplir y respetar si no se quiere su desconocimiento social, considerando patente que el procedimiento de elaboración del PORN no ha superado el test de legalidad por lo que debe ser anulada la norma aprobatoria del mismo.

7. AGUAS CONTINENTALES

A) Caudal ecológico a respetar por salto hidroeléctrico: la obligación derivaba de la licencia municipal de actividad

En la **STS de 13 de marzo de 2003**, Ar. 2584, se confirma la Sentencia del TSJ de Navarra que entendió correcto el requerimiento del Ayuntamiento de Sartaguda efectuado en 1994 para que se mantuviera un caudal ecológico de 9 m³/segundo por un salto hidroeléctrico, tal y como se había fijado en el documento que otorgaba la licencia de actividad en 1990. A pesar de que la CH del Ebro determinó en 6 m³/segundo esa cantidad de caudal mínimo cuando otorgó la concesión de aguas, y es la que cree correcta la empresa mercantil que se opone a la cifra que fija el municipio, según el TS, la alegación de extralimitación competencial aducida por dicha empresa pudo servir como argumento para recurrir en 1990 la licencia de actividad, pero no posteriormente, a raíz del mencionado requerimiento municipal, ya que éste es conforme a derecho.

B) Tributo ambiental: canon de vertido, interpretación de la normativa aplicable

Se considera que las liquidaciones impugnadas en concepto de canon de vertido son correctas por la **STS de 15 de marzo de 2003**, Ar. 2847, sin que el Ayuntamiento de Almansa pueda eludir el abono de dichas cantidades fijadas por la CH del Júcar. Citando jurisprudencia anterior [así, STS de 17 de mayo de 2002; crónica XII.3.D) del núm. 18 de esta Revista] el TS señala que según el artículo 252 del RDPH de 1986, el Organismo de cuenca puede en cualquier momento efectuar cuantos análisis e inspecciones estime adecuados para comprobar las características del vertido. De este artículo no puede desprenderse que la citada comprobación haya de ejercitarse de forma contradictoria con el titular de la autorización, ni que deba tener lugar con la presencia de un representante suyo. (Téngase en cuenta no obstante, que actualmente el artículo 252 del RDPH toma nueva redacción por la modificación efectuada por el RD 606/2003, de 23 de mayo, y ahora sí que se menciona la expresión “análisis contradictorio”).

También sobre el canon de vertido versa la **STS de 15 de marzo de 2003**, Ar. 3787, y como en Sentencias anteriores [v.gr. SSTs de 3 y 7 de julio de 2001; crónica XII.3.D) del núm. 16 de *Justicia Administrativa*], se llega a la conclusión de que las liquidaciones que por ese concepto se discutían eran procedentes. En efecto, la Orden de 23 de diciembre de 1986, que contemplaba la posibilidad de otorgar autorizaciones provisionales, sujetas al abono del canon de vertido se dictó respetando el principio de legalidad, ya que el artículo 105 de la Lag. de 1985 no distinguía entre autorizaciones provisionales y definitivas. A ello hay que sumar que dicha Orden surgió para regularizar la situación de industrias que no contaban con ninguna autorización, ya que en otro caso hubieran visto paralizada su actividad, por lo que el citado canon es exigible. (Téngase presente que por RD 606/2003, de 23 de mayo, de modificación del RDPH, se procede a la derogación de la Orden de 23 de diciembre de 1986 que se acaba de citar.)

8. MONTES: SANCIONES POR PASTOREO EN RESERVA NACIONAL DE CAZA

Sobre esta materia, deben mencionarse las SSTC 131/2003, de 30 de junio y 147/2003, de 14 de julio, ambas relativas a sendos recursos de amparo presentados por el mismo recurrente en relación con unas sanciones impuestas (una en 1995 y otra en 1996) por pastorear sin autorización administrativa en la Reserva Nacional de Caza de Beaumont, en Lleida (creada por Ley autonómica 17/1991, de 23 de octubre), infracciones tipificadas en el artículo 74.2.f) de la Ley autonómica 6/1988, de 30 de marzo, forestal; sanciones que fueron confirmadas (aunque rebajando su cuantía en ambos casos) por el TSJ de Cataluña.

En el presente caso, el TC considera que no se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, ni el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2), ni el principio de legalidad sancionador del artículo 25 CE, y más teniendo en cuenta que el sancionado reconoce en todo momento que ha cometido la infracción de pastorear sin autorización, siendo los motivos que invoca para no ser sancionado, según el TC, justificaciones que no guardan relación con el objeto del proceso, que fue exclusivamente la infracción de la legislación forestal.

Sin embargo, en ambas Sentencias existe un voto Particular, formulado por el Magistrado D. Eugeni Gay Montalvo, que considera que la tipificación de las sanciones no es completa ni suficiente, y además el citado artículo 74.2.f) de la Ley forestal catalana sólo se refiere a pastorear en “zonas vedadas” (pero no pastorear “sin autorización”, como se afirmaba en la resolución sancionadora), pues las zonas donde está vedado el pastoreo no son concretadas en la citada norma, por lo que en su opinión debió otorgarse el amparo y decretarse la nulidad de la sanción impuesta.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

JAVIER DOMPER FERRANDO

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. **2. Agricultura.** A) Subvención. Ayudas al consumo de aceite de oliva. **3. Autopistas.** **4. Energía.** A) Energía eléctrica. Derechos de acometida. B) Energía eléctrica. Tarifas. C) Hidrocarburos. Precios. **5. Ganadería.** A) Cuota lechera. Reducción y supuesto de fuerza mayor. **6. Industria.** A) Competencias de las Comunidades Autónomas. B) Seguridad industrial. Competencias estatales y autonómicas. C) Fomento. **7. Mercado de crédito.** A) Grupos consolidables. Supervisión. **8. Precios.** A) Precios. Tarifas y tasas. Política de precios. **9. Seguros.** A) Facultades de inspección de la Administración. **10. Servicio público.** A) Suministro de agua a poblaciones. Canon a satisfacer por la empresa concesionaria. **11. Telecomunicaciones.** A) Servicio telefónico. Precios de interconexión. **12. Televisión privada.** A) Publicidad. **13. Transportes.** A) Concesión de transporte por carretera. B) Transporte escolar. Condiciones de seguridad y tipificación de infracciones.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se incluyen las Sentencias del Tribunal Constitucional comprendidas entre los números 153/2003, de 17 de julio, a 197/2003, de 30 de octubre, así como las Sentencias del Tribunal Supremo contenidas en los cuadernos Aranzadi 11 a 20 de 2003.

2. AGRICULTURA**A) Subvención. Ayudas al consumo de aceite de oliva**

El Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación dictó una resolución acordando la retirada de la autorización concedida para la obtención de beneficios derivados del régimen de ayudas al consumo de aceite de oliva, así como la imposición de una sanción por el incumplimiento de las condiciones establecidas al obtener la ayuda.

Recurrida la resolución, el recurso fue desestimado por la Audiencia Nacional. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo lo desestimó mediante la STS de 2 de junio de 2003, Ar. 4118.

De dicha sentencia merecen destacarse dos razonamientos. Por un lado el relativo a la naturaleza de la subvención como acto modal, lo que le permite oponerse al argumento de la recurrente según el cual la recuperación de beneficios otorgados exigía recurrir a la revisión de oficio de actos favorables.

Por otra parte, son también de interés las consideraciones en relación al principio de proporcionalidad en materia sancionadora.

La **STS de 12 de marzo de 2003**, Ar. 2743, tuvo también como objeto una resolución del MAPA acordando la retirada de la autorización para obtener beneficios derivados del régimen de ayudas al consumo de aceite de oliva, así como la imposición de una sanción. La sentencia se centra en el análisis de la legalidad de la sanción impuesta, y desestima el recurso.

3. AUTOPISTAS

El artículo 7 del Decreto 165/1967, de 26 de enero, prevé que la sociedad concesionaria de autopistas, una vez asegurado el cumplimiento de todas sus obligaciones, destinará el 50 por ciento de los beneficios que excedan del 15 por ciento de su capital nominal a inversiones en sucesivos tramos de autopista mediante propuesta que sea aceptada por la Administración.

Requerida una entidad concesionaria para que presentara una propuesta de inversiones de determinada cantidad, señalando además que en caso de silencio decidiría la Administración qué obras deberían realizarse, la entidad requerida interpuso recurso que fue desestimado en primera instancia.

El Tribunal Supremo, en la **STS de 23 de junio de 2003**, Ar. 4586, rechaza el recurso de casación.

El Tribunal entiende, en primer lugar, que el artículo 7 del Decreto 165/1967 estaba vigente en el momento en que se dictó el acto recurrido. En segundo lugar, niega que se vulnerase el principio de confianza legítima, ya que las actuaciones administrativas a que se refiere la recurrente no pudieron llevar a la misma a la convicción de que había quedado exonerada de su obligación de distribución de beneficios.

Rechaza también el Tribunal Supremo que la reinversión de beneficios debiera limitarse a una concreta autopista, y que ésta obligación vulnere el principio de libertad de empresa.

4. ENERGÍA

A) Energía eléctrica. Derechos de acometida

La entidad Electra de Riesgo, impugnó dos Resoluciones de la Dirección General de Energía en relación con determinados derechos de acometida.

Las Resoluciones especificaban que el cálculo de los derechos de acometida de los propietarios se debía realizar sin incluir en las inversiones de extensión el coste de las líneas eléctricas de alta tensión ni el coste de los centros de transformación.

La recurrente centró su recurso en sostener que el cálculo de las acometidas debía basarse en los artículos 14 y 15 del Reglamento de acometidas y no sólo en los artículos 8 y siguientes, lo que imponía un modo diferente de llevar a cabo dicho cálculo.

La **STS de 7 de marzo de 2003**, Ar. 3022, estima el recurso de casación por incongruencia de la sentencia recurrida, pero desestima la petición revisora en cuanto al fondo. Así, entiende que la recurrente no acredita que los terrenos tuvieran la calificación que hubiera hecho necesario aplicar los artículos 14 y 15 del reglamento de acometidas. Sentado este criterio, el Tribunal afirma también que los derechos de acometida fueron calculados correctamente por la Administración.

B) Energía eléctrica. Tarifas

Unión Eléctrica FENOSA, SA interpuso recurso frente al RD 2066/1999 por el que se estableció la tarifa eléctrica para el año 2000. La impugnación se concretó en el artículo 1.2, precepto que redujo el importe a cobrar en concepto de garantía de potencia por los productores a partir del primero de enero de 2000, y en el artículo 3.3.e), que declaró la exención en el ingreso de las cuotas correspondientes a los Costes de Transición a la Competencia a favor de empresas con suministros extrapeninsulares.

Respecto a esta segunda cuestión el Tribunal Supremo, en su **STS de 17 de marzo de 2003**, Ar. 4503, se remite íntegramente a lo ya establecido en su Sentencia de 31 de mayo de 2002, Ar. 9894, comentada en esta misma sección, para rechazar la impugnación.

Respecto a la primera cuestión que planteaba la recurrente, el Tribunal Supremo también rechaza la impugnación. Para el Tribunal el precepto impugnado no vulnera el artículo 16.1.b) de la ley del sector eléctrico, pues si bien la norma legal fija unos criterios, también atribuye a la administración un cierto margen de discrecionalidad. El Real Decreto impugnado, según el Tribunal, ha hecho un uso correcto de esta discrecionalidad, por lo que procede afirmar su legalidad.

El Tribunal utiliza como argumento para reforzar el correcto uso de la discrecionalidad por parte de la Administración el hecho de que la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico informó favorablemente el proyecto de reglamento impugnado.

C) Hidrocarburos. Precios

La Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio impugna el RD 248/2001 dictado en desarrollo del artículo 7 del Decreto-Ley de liberalización en materia de hidrocarburos. El Real Decreto impugnado desarrolla la publicidad mediante carteles informativos de los precios de carburantes y productos petrolíferos que se venden en estaciones de servicio.

El Tribunal Supremo, en su **STS de 21 de abril de 2003**, Ar. 4205, parte en su análisis de unas determinadas premisas: el recurso no cuestiona la inadecuación del Real Decreto al Decreto-Ley que desarrolla; el Tribunal no puede enjuiciar ni la mayor o menor calidad del Real Decreto, ni su oportunidad.

El Tribunal entra, a continuación, a examinar las cuestiones planteadas. Así, se analiza el motivo de ilegalidad aducido por la recurrente en relación al artículo 4, que obligaba a los titulares de las estaciones de servicio a dar información de sus precios a los titulares de dos estaciones más cercanas. El Tribunal rechaza que el precepto sea ilegal. En primer lugar afirma que en la actualidad no existe la obligación de transmitir los datos, razón por la cual el recurso ha perdido su objeto. A ello añade que esta obligación de dar información no vulnera el derecho comunitario, pues no comporta acuerdo sobre precios.

También se rechaza que la norma impugnada vulnere la normativa relativa a seguridad vial y publicidad en carreteras.

Por último, se rechazan igualmente las genéricas alegaciones de vulneración de los principios de proporcionalidad, prohibición de confiscatoriedad e interdicción de la arbitrariedad.

5. GANADERÍA

A) Cuota lechera. Reducción y supuesto de fuerza mayor

La Dirección General de Producciones y Mercados Ganaderos redujo la cuota de leche asignada a determinada explotación. Impugnada tal resolución, el Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación, estimó en parte el recurso, pero mantuvo la reducción respecto a años anteriores. Recurrida esta decisión, el recurso fue desestimado en primera instancia, y en el recuso de casación en la **STS de 25 de marzo de 2003**, Ar. 3783.

Los recurrentes sostenían que la merma de producción, en que se funda la reducción de la cuota, se debió a la defectuosa instalación realizada por un tercero de un sistema de alimentación para el ganado. Por ello cree que se trató de un supuesto de fuerza mayor.

El Tribunal Supremo rechaza que en el caso enjuiciado se hubiera producido un supuesto de fuerza mayor, tras examinar el alcance de este concepto en el derecho comunita-

rio, así como examinar los diversos elementos que deben concurrir en cada caso para poder apreciar la existencia de esta causa de exoneración de responsabilidad.

6. INDUSTRIA

A) Competencias de las Comunidades Autónomas

La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas para la adopción de medidas de fomento en relación con la actividad industrial no encuentra una línea nítida de determinación, sino que viene obedeciendo a una delimitación caso por caso a golpe de sentencia constitucional. La **STC 175/2003, de 30 de septiembre**, resuelve varios conflictos positivos de competencia promovidos por la Generalidad de Cataluña respecto de las Órdenes del Ministerio de Industria y Energía que aprueban las bases reguladoras y la convocatoria para la concesión de ayudas en relación con la iniciativa de apoyo a la tecnología, la seguridad y la calidad industrial. Entran en juego, ahí, las competencias sobre industria, régimen energético, medio ambiente, investigación científica y técnica, y ordenación de la economía. El Tribunal ordena la materia al hilo de los programas de fomento de la tecnología industrial, de tecnologías para el transporte y para la sociedad de la información, y para cada uno de éstos ámbitos efectúa un análisis minucioso aplicando especialmente la doctrina de la STC 13/1992, de 6 de febrero, y las concreciones efectuadas en la STC 242/1999, de 21 de diciembre.

En relación con el primer ámbito, acude a su propia jurisprudencia, en especial, las SSTC 242/1999 y 190/2000, comentada esta última en el núm. 10 de *Justicia Administrativa*, según la cual no toda actividad de innovación puede calificarse como investigación; de igual modo, el desarrollo tecnológico no puede encuadrarse como investigación científica y técnica, y por lo tanto, el Tribunal Constitucional reitera que debe adoptarse un criterio estricto de fomento de la investigación. En el caso objeto del presente conflicto, se incluyen como investigación sólo las ayudas relativas a proyectos de I+D, que se describen en el FJ 7º.c) de esta sentencia. El resto de actuaciones objeto de subvención se incardinan en la materia de industria, de competencia autonómica.

Aplicando esta doctrina a las ayudas económicas cuestionadas, se alcanzan esencialmente las siguientes conclusiones: las regulaciones referentes a las condiciones generales de otorgamiento de las ayudas, se inscriben en el ámbito de la competencia estatal de ordenación económica del sector industrial; por el contrario, todos los puntos atinentes al procedimiento de tramitación, gestión, concesión y pago de estas ayudas, en cuanto lo hacen de modo centralizado, y se atribuyen a órganos estatales, vulneran las competencias normativas y de gestión de la Generalitat en materia de “industria”. A este respecto, el TC recupera su distinción entre “procedimiento administrativo común”, y “procedimiento *ratione materiae*”, y señala que la regulación de los procedimientos administrativos especiales es una competencia conexa a la que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad. Por ello, a la Comunidad Autónoma le corresponde regular el procedimiento

de tramitación de las subvenciones y gestionarlo, para lo que el Estado debe remitirle los fondos correspondientes.

Esta conclusión no se ve alterada por la firma de convenios de colaboración, puesto que el TC ha insistido en diversas ocasiones que el Estado no puede condicionar el ejercicio de competencias autonómicas a la firma de un convenio.

Por lo que se refiere al programa de calidad y seguridad industrial, que incorpora cuatro grandes áreas —difusión, formación e información; infraestructura; productos e instalaciones industriales, y empresas— se coincide en inscribir las ayudas en la materia de industria. Ahora bien, hay que tener presente que en esta materia la Generalitat ostenta la competencia exclusiva, pero con sujeción a lo dispuesto en el artículo 149.1.13 CE y “a lo que determinen las normas del Estado por razones de seguridad”. Este inciso es el ahora discutido.

El TC aplica su jurisprudencia anterior, acerca de la distinción entre la materia “industria” y la submateria “seguridad industrial” (SSTC 203/1992, 243/1994 y 179/1998), y señala que se trata de una concurrencia de potestades normativas, estatal y autonómica, que el legislador estatal puede ordenar con los criterios y puntos de conexión que sea menester, mientras que las Comunidades Autónomas pueden dictar disposiciones complementarias de las estatales, siempre que no vulnere los mandatos o finalidades perseguidos por el Estado. En cualquier caso, la ejecución de toda esa normativa corresponde en exclusiva a la Comunidad Autónoma. Respecto de este deslinde de competencias, el Tribunal Constitucional efectúa una doble precisión:

Por un lado, el Tribunal Constitucional admite que el Estado puede dictar normas en materia de seguridad industrial, que se extiendan más allá de su competencia de ordenación económica del sector industrial (artículo 149.1.13 CE), pero esta prolongación no existe en lo relativo a la “calidad industrial”, que supone una submateria distinta a la de “seguridad industrial”. En lo relativo a la “calidad industrial”, el Estado sólo puede intervenir con la habilitación que le otorga el artículo 149.1.13 CE. Aunque tal distinción no dificultará el juicio de constitucionalidad, puesto que es posible una valoración unitaria.

Por otra parte, el Abogado del Estado reclamaba, de forma excepcional, la gestión centralizada de las ayudas, con el argumento de que éstas pueden ser completadas con otras, y ello podría suponer que se superaran los topes fijados por la Unión Europea. El Tribunal Constitucional también rechaza esta alegación porque, señala, “el hecho de que estas ayudas no puedan superar, junto con otras que puedan instrumentar las Comunidades Autónomas para los mismos fines, los límites fijados por la normativa comunitaria, nada tiene que ver con la procedencia de los fondos, que en este caso no son comunitarios, sino exclusivamente estatales”. Añade que si las Comunidades Autónomas gestionan todas las ayudas, las estatales y las propias, podrán asegurar con mayor automatismo que no se superan los límites fijados por la normativa comunitaria para las ayudas de Estado,

y así lo deberán hacer. En definitiva, no concurre una causa excepcional que justifique la gestión centralizada de las ayudas impugnadas.

El Tribunal Constitucional concluye que las normas de ordenación del otorgamiento de estas ayudas, tanto en lo relativo a la calidad como a la seguridad industrial, no infringen las competencias autonómicas. Por el contrario, la regulación del procedimiento de tramitación, concesión y pago de estas subvenciones, al referirse a ayudas dirigidas a proyectos de mejora de la “calidad industrial”, vulneran las competencias de la Generalitat en materia de “industria”. Y en cuanto al ámbito de la “seguridad industrial”, si bien el Estado puede regular el procedimiento de concesión de las ayudas, lo ha hecho con infracción material de las competencias autonómicas, al atribuir todas las potestades de gestión a órganos propios.

B) Seguridad industrial. Competencias estatales y autonómicas

Impugnado ante el TSJ del País Vasco el Decreto autonómico que unificaba el procedimiento para la obtención de los carnés profesionales y fijaba las exigencias para las empresas autorizadas que realizaban instalaciones, mantenimientos u otras actividades en materia de seguridad industrial, el Tribunal rechazó el recurso interpuesto.

El conflicto planteado en esta primera instancia tenía su fundamento en razones competenciales. Para la entidad recurrente la competencia normativa en materia de seguridad industrial correspondía al Estado y, por ello, el reglamento del Gobierno Vasco era nulo por vicio de incompetencia.

El TSJ del País Vasco rechazó esta línea argumental en base a la doctrina del Tribunal Constitucional, Sentencias 59/1985 y 118/1986, señalando que “la regulación que efectuó el Decreto recurrido no incide en el núcleo de competencia estatal de tráfico y circulación de vehículos a motor o de la seguridad vial”, correspondiendo lo regulado al ámbito competencial autonómico.

El Tribunal Supremo, en la **STS de 5 de mayo de 2003**, Ar. 4207, casó la sentencia y anuló la norma impugnada. El núcleo básico de su razonamiento es el siguiente:

“Teniendo el Estado, como tiene, competencia exclusiva en esta materia (artículo 149.1.21ª de la Constitución), la regulación de las condiciones relativas a la seguridad vial en toda España ha de hacerse en términos uniformes. La sentencia constitucional 59/1985, oportunamente citada por la Sala de instancia, ya expresó, y precisamente a propósito de la regulación por una Comunidad Autónoma del uso del tacógrafo, que en el concepto de tráfico y circulación de vehículos no se encuentran englobadas solamente las condiciones atinentes a la circulación *stricto sensu*, sino también las condiciones que deben cumplir los vehículos que circulan”.

Sentada esta premisa el Tribunal Supremo añade que en este conflicto no pueden hacerse prevalecer las normas competenciales en materia de industria, ya que el título competencial prevalente es el de seguridad vial, imponiéndose, por tanto, la normativa estatal relativa a circulación de vehículos.

Consecuentemente el Tribunal Supremo declara la nulidad de los preceptos que estima dictados con vicio de incompetencia, pero rechaza la pretensión complementaria de nulidad de todos los actos dictados en aplicación de la norma.

C) Fomento

La actuación administrativa a través de medidas de fomento, con el fin de llevar a cabo una determinada política industrial ha generado una abundante litigiosidad jurídica de la que hemos venido dando cuenta en esta misma sección. Los conflictos tienen como objeto los actos de denegación o revocación de las ayudas solicitadas u obtenidas.

Dentro de esta misma línea se sitúan las sentencias del Tribunal Supremo que a continuación nos limitamos a referenciar.

La **STS de 23 de abril de 2003**, Ar. 3727, declara improcedente la denegación de ayuda en materia de grandes áreas de expansión industrial por previo cambio del titular de la ayuda defectuosamente comunicado.

La **STS de 16 de junio de 2003**, Ar. 4401, confirma la validez del reintegro exigido por incumplimiento de condiciones, una vez acreditado el incumplimiento.

La **STS de 30 de junio de 2003**, Ar. 4590, confirma también el reintegro parcial exigido por incumplimiento de condiciones.

Si bien tiene como objeto la denegación de un subvención, la **STS de 20 de marzo de 2003**, Ar. 2971, hace referencia a una subvención prevista en el Programa industrial y Tecnológico medioambiental.

La denegación se fundó en el hecho de considerar prioritarias otras actuaciones diversas de la que pretendía llevar a cabo el recurrente. El recurso, por su parte, se trata de basar en la deficiente motivación del acto denegatorio.

El Tribunal Supremo rechaza los argumentos del recurrente tras examinar de forma pormenorizada el contenido del acto impugnado.

7. MERCADO DE CRÉDITO

A) Grupos consolidables. Supervisión

La cuestión controvertida, objeto de la **STS de 23 de abril de 2003**, Ar. 3729, era determinar a quién corresponde en los grupos consolidables la obligación de formular y aprobar las cuentas y el informe de gestión consolidado, así como proceder a su depósito.

En el caso enjuiciado el Banco de España, en aplicación del artículo 8.2 del Real Decreto 1343/1992, designó a una determinada entidad como entidad obligada, en razón de la importancia y dimensión de la misma.

La entidad recurrente impugnó dicha decisión al entender que el artículo 8.2 se refiere sólo a los supuestos en los que hay una entidad dominante no financiera, pero no a los casos en los que el dominio no corresponde a una entidad, sino a una persona o conjunto de ellas.

El Tribunal Supremo rechaza el argumento de la recurrente, al sostener que el artículo 8.2 de referencia establece como primer criterio que las obligaciones deben recaer en la entidad dominante, pero como segundo criterio que la entidad obligada será la determinada por el organismo responsable de la supervisión del grupo. Este segundo criterio fue el que se aplicó en el caso enjuiciado, por lo que el acto recurrido se declara conforme a derecho.

8. PRECIOS

A) Precios. Tarifas y tasas. Política de precios

La STS de 4 de abril de 2003, Ar. 3604, recoge una doctrina ya consolidada sobre la naturaleza de los precios de los servicios públicos y su control en ejercicio de la política general de ordenación de precios. Esta doctrina (contenida en múltiples sentencias que se citan en la sentencia que comentamos) puede resumirse del modo siguiente:

- a) Deben diferenciarse las tarifas o precios de los servicios públicos de las tasas o precios públicos de naturaleza fiscal, atribuyendo a unos y otros naturaleza diversa en función de su diverso régimen de implantación, modificación e impugnación.
- b) La potestad tarifaria de los Ayuntamientos está sometida a la potestad de control de precios, que tiene como fin el control de la inflación.

9. SEGUROS

A) Facultades de inspección de la Administración

Como consecuencia de una investigación llevada a cabo por la inspección de seguros se impuso a una entidad de seguros la adopción de determinadas medidas correctoras de su contabilidad.

La STS de 14 de abril de 2003, Ar. 4378, al resolver el recurso de casación frente a la sentencia de primera instancia que desestimó el recurso, se pronunció sobre el alcance de las facultades inspectoras de la Administración, ya que la recurrente había cuestionado en su recurso el alcance de estas facultades.

Para el Tribunal Supremo los Acuerdos impugnados tenían cabida en el apartado i) del artículo 42.2 de la Ley 33/1984, que establece como medida cautelar el “ordenar la ejecución de medidas correctoras de las tendencias desfavorables registradas en su desarrollo económico durante los últimos ejercicios compulsados”.

El Tribunal Supremo refuerza la importancia de estas medidas al decir que el precepto citado

“establece una de las medidas que puede y tiene obligación de adoptar el órgano de control, para que las cuentas de la sociedad reflejen la imagen fiel, que es de singular importancia en las sociedades de seguros, como hemos tenido ocasión de decir en la reciente sentencia de 24 de febrero pasado, porque responde a la imperiosa necesidad de las sociedades modernas de proteger de la manera más eficaz a los usuarios de los seguros y en las que la función del capital no es la de un capital de explotación, sino de un fondo de garantía a favor de los asegurados”.

Junto a este razonamiento, el Tribunal insiste también de forma reiterada en señalar que el ejercicio de estas facultades de control administrativo son perfectamente compatibles con las actuaciones que se puedan ejercer ante los tribunales del orden civil mediante la impugnación de los acuerdos sociales. La Administración ejerce las funciones que le corresponden como órgano de supervisión en garantía de los intereses generales en el buen funcionamiento del sistema económico.

10. SERVICIO PÚBLICO

A) Suministro de agua a poblaciones. Canon a satisfacer por la empresa concesionaria

El establecimiento de un canon concesional a favor de la Administración concedente en el contrato de concesión de suministro de agua a la población puede dar lugar a problemas interpretativos en el momento de su liquidación. Así ocurrió en el caso del contrato concesional del municipio de Cartagena, en el que se estableció un canon fijo adicional que debería pagarse una vez superado el déficit de gestión inicial o logrado el equilibrio económico de los servicios (equilibrio entre gastos –costes, previsiones de insolvencia, gastos financieros, beneficios– e ingresos).

El conflicto surgió al entender la administración, en un determinado momento, que ya se daban las circunstancias para exigir este canon adicional, lo que fue negado por la empresa concesionaria. El Tribunal de instancia dio la razón a la concesionaria, y la **STS de 12 de marzo de 2003**, Ar. 3785, confirmó dicha sentencia.

De forma más concreta debe señalarse que el conflicto se centró en determinar si el Impuesto de Sociedades que pagaba la concesionaria debía o no computarse como coste

de explotación a los efectos de determinar si se alcanzaba o no el equilibrio económico-financiero y, consecuentemente debía o no pagarse el canon adicional.

El Tribunal Supremo establece que para resolver esta cuestión debe atenderse, en primer lugar, al contenido del contrato concesional. Analizado el mismo entiende que el Impuesto de Sociedades se previó como un coste que afectaría a la explotación del servicio, lo que a su vez incidió en la oferta de la concesionaria. Por ello, confirma la sentencia recurrida y confirma la nulidad del acuerdo municipal.

11. TELECOMUNICACIONES

A) Servicio telefónico. Precios de interconexión

Los Acuerdos de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 25 de enero y 19 de abril de 2001, por los que se autorizaban nuevos precios en los servicios prestados por Telefónica de España, SAU y se establecía un nuevo marco regulatorio general de precios para dicha compañía, fueron impugnados por AUNA y RETEVISIÓN mediante sendos recursos. Las **SSTS de 14 de abril de 2003**, Ar. 4212 y 4379, resolvieron ambos recursos en base a una misma doctrina. La sentencia con número de Aranzadi 4212 tuvo como objeto el Acuerdo mediante el cual se estableció un nuevo marco regulatorio de precios para los servicios prestados por telefónica, mientras que en la sentencia de misma fecha y número 4379 se aborda la legalidad del acuerdo por el que se autoriza a Telefónica de España, SAU a establecer precios diferentes en las llamadas que los abonados de su red pública telefónica fija realizan a los abonados de las redes de telefonía móvil automática, incluidos los de comunicaciones móviles personales –llamadas de fijo a móvil–.

Si bien el Acuerdo que fue impugnado en la sentencia número 4212 tenía un ámbito más amplio, el Tribunal Supremo entendió que el núcleo de las dos impugnaciones se centraba en la discusión del acto de fijación de nuevos precios y, por tanto, resuelve las dos sentencias en base a unos mismos argumentos con ocasión de la discusión del Acuerdo de 25 de enero de 2001 por el que se autorizó a fijar nuevos precios. Acuerdo que se entiende ya modificó el marco regulatorio anterior, establecido por Acuerdo de 27 de julio de 2000, y que es modificado a su vez por el Acuerdo de 19 de abril de 2001, objeto de la sentencia 4212.

Entrando en el fondo de la cuestión, el Tribunal analiza el procedimiento de elaboración del Acuerdo impugnado, su contenido y el régimen jurídico general de la interconexión de redes. Teniendo en cuenta estos datos generales, se examinan los concretos motivos de impugnación y se rechazan.

Así, en primer lugar, se rechaza que el Acuerdo se dictara por órgano incompetente, ya que el Tribunal entiende que subsistía la vigencia de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 11/1998 que otorgaba la competencia a la Comisión Delegada de Asuntos Económicos.

En segundo lugar se rechaza el motivo que poseía mayor fundamento en base a una discutible doctrina. Para los recurrentes el Acuerdo que establecía un nuevo marco regulatorio tenía carácter normativo, por lo que debió aprobarse según el procedimiento de elaboración de los Reglamentos y con Dictamen del Consejo de Estado. La naturaleza normativa se fundamenta en el hecho de la vocación normativa del Acuerdo, cuya eficacia no se agota en un solo acto de aplicación.

El Tribunal Supremo rechaza este argumento señalando que lo único que se impugna es el contenido del Acuerdo en la parte en que se autoriza a telefónica a fijar los precios de las llamadas de fijo a móvil. Esta posibilidad tenía un marco regulatorio de “rango secundario” y, además, este marco no tiene vocación de permanencia sino de transitoriedad. Así, se afirma que:

“Frente a lo alegado por la sociedad recurrente, el Acuerdo no tiene vocación de permanencia sino de transitoriedad. Baste reseñar que el período de regulación de precios a que se refiere el Acuerdo de 27 de julio de 2000 comprende, en principio, desde el día 1 de enero de 2001 hasta el día 31 de diciembre de 2002, espacio de tiempo al que se limita igualmente el Acuerdo de 25 de enero de 2001. Por su parte, la eficacia del Acuerdo de 19 de abril de 2001 (recurso 472/2001) se extiende desde el día 1 de enero de 2001 hasta el día 31 de diciembre de 2003.

Se trata, además, de Acuerdos muy directamente vinculados a (y en cierto modo predefinidos por) las cambiantes circunstancias económicas y tecnológicas del sector, razón en virtud de la cual todos ellos prevén que, tras su limitado período de regulación, han de ser objeto de revisión a tenor de la evolución de los respectivos mercados y servicios, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Su eficacia se agota en sí mismos sin que a ello afecte el hecho de que requieran ulteriores decisiones de ‘Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal’ para, dentro de los límites máximos impuestos y en función de las fórmulas matemáticas establecidas a fin de fijar los precios de las llamadas de fijo a móvil, precisar su importe en un momento dado.”

Esta doctrina, la más relevante de las sentencias, permite justificar la validez de los Acuerdos impugnados, y que fueron aprobados sin seguir los cauces propios del procedimiento de elaboración de reglamentos (audiencia a los interesados, dictamen del Consejo de Estado).

12. TELEVISIÓN PRIVADA

A) Publicidad

Una entidad concesionaria del servicio de televisión privada impugnó la resolución del Director General de Telecomunicaciones por la que se le requirió para que adoptase de inmediato las medidas necesarias para el estricto cumplimiento de las normas a que estaba obligada en materia de límites y exigencias de la emisión de publicidad.

XIV. Derecho Administrativo Económico

El fondo del litigio se centró en el concepto de publicidad, a partir de la norma comunitaria y española, y en particular en la determinación de si dentro de este concepto cabe integrar la promoción de la propia programación, el patrimonio y la televenta.

Para el Tribunal Supremo, en la **STS de 30 de mayo de 2003**, Ar. 4584, la televenta no debe incluirse en el concepto de publicidad. En el caso enjuiciado no se ha diferenciado en el cómputo del tiempo de publicidad el dedicado a televenta, razón por la cual no podía afirmarse que se había excedido el tiempo permitido a publicidad. Consecuentemente estima el recurso y anula el requerimiento (del que se afirma que no posee naturaleza sancionadora).

El mismo criterio de fondo es el que está en la base de la **STS de 10 de marzo de 2003**, Ar. 3019. En este caso el Tribunal Supremo desestima el recurso frente a una sanción impuesta por exceder los tiempos de publicidad en televisión, al entender que no se computó el tiempo de televenta. Por ello, la sanción se declara ajustada a derecho.

13. TRANSPORTES

A) Concesión de transporte por carretera

Solicitada la ampliación de una concesión de transporte regular, para dar satisfacción a la demanda de los usuarios de acceso a determinado centro universitario (conectar los centros de Santander y Castro Urdiales), se obtuvo la autorización para prestar este nuevo servicio.

Impugnada la autorización en vía administrativa, la Administración revisó su acto autorizatorio y lo anuló, al entender que la nueva autorización correspondía a un servicio especial, razón por la cual debió otorgarse a través de un procedimiento diferente. Este acuerdo fue impugnado en vía contencioso-administrativa, dando lugar a la **STS de 21 de abril de 2003**, Ar. 4371.

En la citada sentencia el Tribunal confirma la validez del acuerdo por el que se revisó la inicial autorización, insistiendo en la distinción de contenido y procedimiento de la autorización de servicio regular y especial, así como en la coincidencia de la autorización revisada con otra previa con itinerario coincidente.

B) Transporte escolar. Condiciones de seguridad y tipificación de infracciones

La Asociación Nacional de Empresarios de Transportes de Autocar, ANETRA, interpuso recurso contra determinados artículos del RD 443/2001 sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar de menores.

El Tribunal Supremo, en su **STS de 11 de abril de 2003**, Ar. 3073, desestimó el recurso en relación a los artículos 3, 10.2 y 14, párrafo primero, pero la estimó en relación al párrafo segundo del mismo artículo 14.

Por lo que se refiere al artículo 3, el Tribunal estimó que las limitaciones a la antigüedad de los vehículos responden estrictamente a razones de seguridad vial y no es incompatible con la exigencia de superación de la ITV.

El artículo 10 permite únicamente modificar paradas, no tráficos, como alegaba la recurrente, por lo que se rechaza la impugnación.

El artículo 14, que tipifica infracciones, cumple con el principio de *lex certa* en su párrafo primero, pero no así en el segundo. Este segundo párrafo (“el incumplimiento de los restantes preceptos de este Real Decreto será sancionado de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 16/1987, de 30 de junio, de ordenación de los transportes terrestres y sus normas de desarrollo, así como en las demás normas que, en su caso, resulten de aplicación”), afirma el Tribunal Supremo, sitúa a los destinatarios de la norma en una posición desde la que no es posible prever con certeza cuáles serán las conductas prohibidas y cuáles las sanciones imponibles. Por ello se declara contrario a derecho y se anula.

TOMÁS FONT I LLOVET
JOSEP MOLLEVÍ BÓRTOLO
JOAQUÍN TORNOS MAS

XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD**Sumario:**

1. Consumo. A) ¿Cabe prohibir la entrada de productos alimenticios en un Estado de la Unión Europea cuando contengan aditivos no necesarios para su población?

2. Deporte. A) ¿Cómo puede ejecutarse eficazmente en la actualidad una Sentencia del Tribunal Supremo que declara vencedor a un club en el play-off de ascenso de 1990?

3. Educación. A) Universitaria. a) Condiciones de un complemento especial por antigüedad para profesores universitarios. B) No universitaria. a) Rehabilitación de profesor condenado penalmente. **4. Extranjeros.** A) Libre circulación de cónyuge de trabajador ciudadano de la Unión Europea. B) Nulidad parcial del Reglamento de Extranjería. C) Permiso de trabajo y de residencia. D) Expulsión. E) Asilo y condición de refugiado.

F) Extradición. G) Nacionalidad. **5. Juego.** A) Recogida en un Estado miembro de apuestas sobre acontecimientos deportivos y transmisión por internet a otro, actuando desde el primero sin concesión ni autorización. B) Tributación de premios obtenidos en loterías extranjeras. **6. Sanidad.** A) Legalidad del procedimiento excepcional de acceso al título de médico especialista. B) Legalidad de la Orden Ministerial que establece los requisitos de prescripción y dispensación de fórmulas magistrales y preparados oficinales para tratamientos peculiares.

1. CONSUMO**A) ¿Cabe prohibir la entrada de productos alimenticios en un Estado de la Unión Europea cuando contengan aditivos no necesarios para su población?**

La STJCE de 23 de septiembre de 2003, As. C-192/01, resuelve el recurso interpuesto por la Comisión contra la práctica administrativa mediante la cual productos alimenticios enriquecidos que se comercializan o producen legalmente en otros Estados miembros, sólo pueden comercializarse en Dinamarca, si se acredita que su enriquecimiento con nutrientes responde a una necesidad de la población danesa.

Como se sabe, la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros es un principio fundamental del Tratado CE que encuentra su expresión en la prohibición, recogida en el artículo 28 CE, de las restricciones cuantitativas a la importación entre los Estados miembros, así como de todas las medidas de efecto equivalente. Ha quedado

acreditado que la práctica administrativa danesa constituye una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas en el sentido del artículo 28 CE. Ahora bien, respecto a la cuestión de si dicha práctica administrativa puede, no obstante, justificarse sobre la base del artículo 30 CE, en la medida en que subsistan dudas en el estado actual de la investigación científica, se concluye que los Estados miembros tienen la facultad de decidir el grado de protección de la salud y de la vida de las personas que pretenden garantizar y, asimismo, de exigir una autorización previa a la comercialización de los productos alimenticios. Sin embargo, al ejercer su facultad de apreciación relativa a la protección de la salud pública, los Estados miembros han de respetar el principio de proporcionalidad y, en el presente caso, el Tribunal de Justicia considera que la práctica administrativa danesa es desproporcionada en la medida en que, se prohíbe sistemáticamente la comercialización de todos los productos alimenticios a los que se han añadido vitaminas y minerales, sin distinguir según los diferentes minerales y vitaminas añadidos o según el nivel de riesgo que su adición puede presentar eventualmente para la salud pública.

2. DEPORTE

A) ¿Cómo puede ejecutarse eficazmente en la actualidad una Sentencia del Tribunal Supremo que declara vencedor a un club en el play-off de ascenso de 1990?

La STS de 18 de marzo de 2002, Ar.3627, da como ganador definitivo del play-off de ascenso de 1990 a la máxima categoría del baloncesto español al Club Obradoiro, como consecuencia de rechazarse el recurso de casación interpuesto por la Federación española de Baloncesto. Al efecto, el Auto de 4 de febrero de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid determina que como es materialmente imposible su ejecución al final de la temporada 1989/1990, “debe llevarse a cabo para la temporada 2003/2004”, como solicita la parte actora. En tal sentido, un posterior Auto de 10 de julio de 2003 declara la suspensión de la máxima competición del baloncesto español en la temporada 2003/2004, hasta tanto no resulte incluido en la misma el Club Obradoiro, para lo que se requiere la colaboración del Consejo Superior de Deportes y el cumplimiento de lo así determinado por la ACB. Finalmente, un último Auto de 15 de septiembre de 2003, relata entre sus hechos que la ACB no admite la inscripción del Club Obradoiro por no haber acreditado el cumplimiento de un abono de dos millones y medio de euros como cuota de entrada, y al mismo tiempo hallarse en una situación de “fondos propios de signo negativo”. Por lo tanto, dado el incumplimiento de los requisitos económicos generales exigidos para formar parte de la Asociación de Clubs de Baloncesto, la Sala acuerda que, habiéndose llevado a cabo cuantas actuaciones podían permitir la satisfacción del Club Obradoiro, no puede producirse tal ascenso por circunstancias sólo imputables a la parte actora, por lo que definitivamente se declara ejecutada la sentencia.

3. EDUCACIÓN

A) Universitaria

a) Condiciones de un complemento especial por antigüedad para profesores universitarios

La STJCE de 30 de septiembre de 2003, As. Köbler, C-224/01, de una enorme importancia por admitir y fijar las condiciones para la responsabilidad estatal por incumplimiento del Derecho comunitario por parte de los órganos judiciales estatales, aquí también puede tener cierto interés ya que —ahora que se empiezan a regular complementos específicos para el profesorado universitario—, al hilo de una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal austriaco, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo interpretará que, para que no sea contraria al art. 39 TCE (libre circulación de trabajadores), una normativa estatal que pretenda premiar la antigüedad de los servicios prestados por el profesorado a la Universidad no puede dejar de tener en cuenta los servicios prestados en otras universidades de los demás Estados miembros.

B) No universitaria

a) Rehabilitación de profesor condenado penalmente

La STS de 17 de febrero de 2003, Ar. 3060, se plantea las circunstancias para la aplicación de las posibilidades de rehabilitación en la condición de funcionario (del cuerpo de Maestros, concretamente) de quien había sido privado de la misma como consecuencia de una condena penal —posibilidades de rehabilitación introducidas por la Ley de Acompañamiento para 1997, al modificar el artículo 37.4 LFCE, y desarrolladas por el Real Decreto 2669/1998, de 11 de diciembre— y, más en concreto, sobre el plazo que tiene la Administración para contestar una solicitud en tal sentido y de los efectos de una resolución expresa denegatoria extemporánea.

4. EXTRANJEROS

A) Libre circulación de cónyuge de trabajador ciudadano de la Unión Europea

La STJCE de 23 de septiembre de 2003, As. Akrich, C-109/01, se plantea una compleja cuestión relacionada con las posibilidades que tiene un ciudadano de un país tercero, casado con una persona que sí es ciudadana de la Unión Europea, pero que habría entrado ilegalmente con anterioridad y, además, se había instalado en otro Estado miembro. Estas complicadas situaciones, que cada vez se van produciendo con mayor asiduidad, están planteando difíciles problemas interpretativos, que —aunque no podamos seguir aquí en todo su destalle— merece siquiera se recoja lo principal de lo señalado al respecto por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo. Así, dirá que para poder disfrutar de los

derechos relativos a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, el nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión, debe residir legalmente en un Estado miembro cuando se traslada a otro Estado miembro al que emigra o ha emigrado; esos derechos no son aplicables si el nacional de un Estado miembro y el nacional de un país tercero han celebrado un matrimonio de conveniencia; en caso de matrimonio auténtico, el hecho de que los cónyuges se hayan instalado en otro Estado miembro con el fin de poder ejercitar los derechos conferidos por el Derecho comunitario al regresar al Estado miembro del que es nacional el primero carece de pertinencia a efectos de la apreciación de su situación jurídica por las autoridades competentes de ese Estado; en fin, si en el momento en que un nacional de un primer Estado miembro, casado con un nacional de un país tercero con el que convive en un segundo Estado miembro, regresa al Estado miembro del que es nacional para ejercer en él un trabajo por cuenta ajena, su cónyuge no disfruta de los derechos de libre circulación por no haber residido legalmente en el territorio de un Estado miembro, las autoridades competentes del primer Estado miembro, al apreciar la solicitud del cónyuge de entrar y residir en su territorio, deben tener en cuenta, no obstante el derecho al respeto a la vida familiar en el sentido del artículo 8 CEDH.

B) Nulidad parcial del Reglamento de Extranjería

La **STS de 20 de marzo de 2003**, Ar. 2422, en recurso directo contra el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, declarará la nulidad parcial de dicha disposición reglamentaria (en términos que aquí no procede recoger pormenorizadamente, pero sí, al menos, dejar consignado).

C) Permiso de trabajo y de residencia

Han sido varias en este período las sentencias del Tribunal Supremo relativas a estas actuaciones administrativas.

Así, en lo referente a la circunstancia de *situación nacional de empleo* (o que hubiera demandantes de trabajo nacionales), la **STS de 4 de diciembre de 2002**, Ar. 3198 de 2003, concederá el permiso atendiendo al conocimiento de idiomas demostrado por el extranjero y por tratarse de un puesto de venta de billetes en una agencia de viajes en Algeciras. Para la **STS de 20 de marzo de 2003**, Ar. 4151, es decisivo el tratarse de un cocinero indio para un puesto de especialista en cocina india. Y para la **STS de 10 de junio de 2003**, Ar. 4211, también es relevante el dato del conocimiento del idioma checo. Sin embargo, para otros supuestos en que no se aprecian razones especiales –como las recién señaladas–, el Tribunal Supremo denegará el permiso en atención a la situación nacional de empleo (o existencia de demandantes de trabajo en la zona), como sucede en las **SSTS de 25 de marzo y 1 de abril de 2003**, Ar. 3012 y 4161, respectivamente.

En relación con el supuesto de exención de dicho permiso, para la **STS de 27 de enero de 2003**, Ar. 2777, no es razón excepcional suficiente para dicha dispensa el traslado y la adquisición de una vivienda en la que posteriormente se instalaron los recurrentes porque tal circunstancia no encaja en las situaciones atendibles de arraigo personal, familiar o económico, de las que queda excluida la mera voluntad de integrarse en la sociedad española si no va acompañada de alguna de aquellas situaciones de excepcional arraigo. Sin embargo, la **STS de 7 de marzo de 2003**, Ar. 2562, en atención a que al cónyuge ya le había sido concedida la exención y concurrían las mismas circunstancias, sí considerará que tenía derecho a la exención.

D) Expulsión

Podemos mencionar en primer lugar tres sentencias que han abordado el concepto de *implicación en actividades contrarias al orden público*, como causa de expulsión del art. 26.1 LO de 1985. Así, la **STS de 5 de marzo de 2003**, Ar. 2627, hace un esfuerzo de síntesis y clarificación al respecto, señalando que, en realidad, ese concepto jurídico indeterminado se circunscribe al mantenimiento del normal ejercicio de los derechos fundamentales y de la convivencia social, que indudablemente se puede ver alterada por una conducta reiterada en cualquier tipo de infracciones legales, siquiera éstas no lleguen a revestir el carácter de delitos graves o merezcan una sanción penal; y que, por sí sola, la comisión de una simple infracción delictiva cuya penalidad prevista no exceda del tope fijado en el apartado d) del artículo 26 de la LO de 1985, no tiene por qué merecer la denegación del permiso de residencia y trabajo [ya que entonces resultaría superflua la prevención contenida en el mismo), pero eso no significa que carezca de relevancia la constancia de una conducta que ponga en riesgo la normal convivencia ciudadana, siempre que por su reiteración o por las circunstancias específicas concurrentes ponga de manifiesto un probable peligro de alteración de ese orden público que se trata de preservar, siquiera desde el punto de vista restringido, como equivalente al mantenimiento de la tranquilidad de la calle. Por su parte, la **STS de 24 de marzo de 2003**, Ar. 4155, también se enfrenta con esta cuestión, interpretando que cualquier actividad punible no puede encuadrarse entre las conductas contrarias al orden público (pues entonces carecería de sentido la duración mínima fijada con respecto a la pena en su caso impuesta, que recoge el art. 26.1.d) LO de 1985] y tampoco puede acudirse a una noción preconstitucional o resultante de leyes ya derogadas; pero no cabe duda, tampoco, de que el normal ejercicio de los derechos fundamentales forma parte del núcleo esencial del orden público, en los términos en los que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, pero para la actuación de la Administración y como título de intervención de ésta o, desde la vertiente del Derecho Administrativo, es también parte del contenido del orden público la seguridad ciudadana, en el sentido de convivencia pacífica ciudadana. Finalmente, la **STS de 25 de marzo de 2003**, Ar. 3031, recogiendo jurisprudencia anterior (en la que aplica la doctrina comunitaria, aunque no se trate de la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea), reitera que el concepto de orden público puede invocarse en el caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que la mera existencia de condenas penales constituya por sí solo motivo para la adopción de la medida de expulsión, que sólo procederá cuando las mencionadas con-

denas penales evidencien la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público.

Reiterando una postura anterior, las **SSTS de 7 de abril y 2 de junio de 2003**, Ar. 3420 y 4216, respectivamente, señalan que la actividad denominada “de alterne” no constituye el ejercicio de una actividad ilegal a efectos de expulsión.

Desde otra perspectiva, la **STS de 18 de marzo de 2003**, Ar. 3009, continúa considerando preferentes los procedimientos encaminados a la legalización de la situación de un extranjero en España frente a (o sobre) la ejecución de la orden de expulsión pendiente (vid. **SSTS de 29 de marzo de 1988**, Ar. 2549; de 29 de mayo de 1991, Ar. 4222; de 25 de noviembre de 1995, Ar. 9570; de 30 de septiembre de 2000, Ar. 9094, y de 19 de diciembre de 2000, Ar. 593 de 2001), en razón de lo cual declarará no conforme a Derecho la ejecución de una orden de expulsión o de la obligación de salida del territorio español mientras la Administración no haya resuelto la solicitud de residencia, de trabajo o de regularización de la situación de un ciudadano extranjero, oportunamente presentada.

También sobre la suspensión (esta vez de la denegación de un visado de entrada) se pronuncia la **STS de 8 de mayo de 2003**, Ar. 3832, que señala que para conceder la tutela cautelar no es suficiente con que acredite que ostenta una apariencia de buen derecho, sino que además es preciso que la ejecución del acto administrativo que pretende se suspenda (y que, en principio, goza de presunción de legalidad) haya de crear una situación irreversible o que, no siendo tal, cause al interesado daños o perjuicios de difícil o imposible reparación.

E) Asilo y condición de refugiado

En cuanto a la concesión de la condición de refugiado, existen en este período varias sentencias —como son las **SSTS de 28 de febrero, 20 de marzo, 1 de abril, 8 de mayo, y 13 y 19 de junio de 2003**, Ar. 2618, 2821, 2943, 3981, 4435, y 4438, respectivamente— en las que el Tribunal Supremo se ratifica en la necesidad de, al menos, una prueba indiciaria de la persecución sufrida y alegada en la solicitud.

Y según la **STS de 14 de abril de 2003**, Ar. 3510, el asilo está bien denegado en el caso de un matrimonio cubano del que no consta persecución en su país de origen, aunque en España haya sido manifiesta su oposición al régimen castrista.

F) Extradición

Hay un recurso contencioso-administrativo resuelto por el Tribunal Supremo que merece destacarse por la originalidad de su planteamiento procesal, ya que, ante una concesión de extradición de un ciudadano español a Italia, éste exigió del Gobierno que procediese al control de la garantía de reciprocidad del Estado requirente y para un supuesto

de hecho similar o idéntico (esto es, la extradición de un súbdito italiano reclamado por el Estado español), con carácter previo a su entrega a las autoridades italianas. Ante lo que el interesado consideró una inactividad de la Administración a este respecto, formuló el recurso correspondiente que resultaría finalmente desestimado por la STS de 17 de junio de 2003, Ar. 4436.

G) Nacionalidad

Sobre el otorgamiento de nacionalidad por residencia, la STS de 28 de febrero de 2003, Ar. 2784, reitera doctrina anterior (vid. SSTs de 30 de noviembre de 2000, Ar. 94 de 2001, y de 12 de noviembre de 2002, Ar. 955 de 2003) para ratificar la denegación, argumentando que la concesión de nacionalidad es un acto de manifestación de la soberanía de un Estado que conlleva el otorgamiento de una cualidad que lleva implícito un conjunto de derechos y obligaciones y que el concepto de “buena conducta cívica”, exigido por el artículo 22 CC, se integra por la apreciación singular del interés público conforme a unos criterios, preferentemente políticos, marcados explícita o implícitamente por el legislador.

Por su parte, la STS de 27 de febrero de 2003, Ar. 3081, considera que no empece a su otorgamiento (recuérdese que la residencia debe ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición de nacionalidad) que en cuatro momentos la residente se demostre algunos meses en solicitar la renovación del anterior permiso, pues su voluntad de regularizar su situación resultaba patente y manifiesta por hechos concluyentes.

5. JUEGO

A) Recogida en un Estado miembro de apuestas sobre acontecimientos deportivos y transmisión por internet a otro, actuando desde el primero sin concesión ni autorización

La STJCE de 6 de noviembre de 2003, As. Gambelli, C-243/01, responde a la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal italiano sobre la eventual incompatibilidad entre, por una parte, los artículos 43 CE y siguientes y 49 CE y siguientes, relativos a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios transfronterizos, y, por otra parte, una normativa nacional, como la italiana que prohíbe –bajo sanción penal– el ejercicio de actividades, cualquiera que sea la persona que las desarrolle y el lugar en que se produzcan, de recogida, aceptación, registro y transmisión de apuestas, en particular, sobre acontecimientos deportivos, cuando no concurren los requisitos de concesión o autorización establecidos en el Derecho interno.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia no duda en entender que en la medida en que una sociedad, como Stanley, establecida en un Estado miembro, ejerce la actividad de recogida de apuestas a través de una organización de agencias establecidas en otro Estado miembro, como las de los inculcados en el proceso principal, las restricciones impuestas a las actividades de dichas agencias constituyen obstáculos a la libertad de estableci-

miento. Igualmente, en segundo lugar, el artículo 49 CE comprende los servicios que un prestador, como Stanley, establecido en un Estado miembro, en el presente asunto el Reino Unido, ofrece por internet —y, por tanto, sin desplazarse— a destinatarios establecidos en otro Estado miembro, en el presente caso la República Italiana, de modo que cualquier restricción de dichas actividades constituye una restricción a la libre prestación de servicios por un prestador de este tipo.

En la vista del proceso el Gobierno italiano confirma que la actividad de un particular que se pone en contacto desde su domicilio en Italia, a través de internet, con un corredor de apuestas establecido en otro Estado miembro utilizando su tarjeta de crédito como único medio de pago constituye un delito, sanción extensible además a los intermediarios. Por tanto, procede constatar que la legislación italiana sobre las apuestas, constituye una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios. En estas circunstancias, procede examinar si tales restricciones pueden admitirse con arreglo a las excepciones expresamente previstas por los artículos 45 CE y 46 CE o pueden justificarse, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por razones imperiosas de interés general. Al efecto, cabe recordar que las restricciones deben responder en todo caso al deseo de reducir verdaderamente las oportunidades de juego, mientras que la financiación de actividades sociales mediante un gravamen sobre la recaudación procedente de los juegos autorizados sólo debe constituir un beneficio accesorio y no la justificación real de la política restrictiva establecida. En resumen, en la medida en que las autoridades de un Estado miembro inducen e incitan a los consumidores a participar en loterías, juegos de azar y otros juegos de apuestas para que la Hacienda Pública obtenga beneficios económicos, las autoridades de dicho Estado no están legitimadas para invocar como razón de orden público social la necesidad de reducir las oportunidades de juego con el fin de justificar medidas como las litigiosas en el asunto principal. Por consiguiente, desde tal perspectiva, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si una normativa como la italiana, responde efectivamente a objetivos que puedan justificarla y si las restricciones que impone no resultan desproporcionadas en relación con dichos objetivos.

B) Tributación de premios obtenidos en loterías extranjeras

La STJCE de 13 de noviembre de 2003, *As. Lindman*, C-42/02, resuelve la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal finlandés sobre la eventual oposición del artículo 49 CE a que un Estado miembro aplique normas con arreglo a las cuales los premios obtenidos en loterías organizadas en otros Estados miembros se consideran rendimientos del ganador sujetos al impuesto sobre la renta, mientras que los premios de loterías organizadas en el Estado miembro estén exentos del impuesto sobre la renta. Según el Gobierno finlandés, aun admitiendo que la normativa nacional sea discriminatoria, estaría justificada por razones imperiosas de interés general como la prevención de los abusos y los fraudes, la reducción de los perjuicios sociales que ocasiona el juego, la financiación de actividades de utilidad pública o la tutela de la seguridad jurídica. Sin embargo, para el Tribunal de Justicia no se desprende de los autos ningún dato estadístico o de otro tipo

que permita afirmar la gravedad de los riesgos vinculados a la práctica de los juegos de azar ni, mucho menos, la existencia de una relación directa entre tales riesgos y la participación de los nacionales del Estado miembro de que se trata en loterías organizadas en otros Estados miembros, por lo que concluye que la cuestionada legislación fiscal finlandesa se opone al artículo 49 CE.

6. SANIDAD

A) Legalidad del procedimiento excepcional de acceso al título de médico especialista

La STS de 25 de marzo de 2003, Ar. 2930, desestima un recurso directo contra el Real Decreto 1497/1999, de 24 de septiembre, por el que se regula un procedimiento excepcional de acceso al título de médico especialista (para los conocidos como “mestos” y a diferencia de los “mir”) –antes, en la STS de 6 de octubre de 2000, Ar. 8605, ya se había desestimado otro recurso directo contra esta misma disposición, pero frente a muy distinta impugnación–, al no considerar discriminatorias las mayores exigencias allí establecidas para determinado colectivo.

B) Legalidad de la Orden Ministerial que establece los requisitos de prescripción y dispensación de fórmulas magistrales y preparados oficinales para tratamientos peculiares

La STS de 8 de abril de 2003, Ar. 3684, rechazará los diversos motivos aducidos –vía recurso de protección de los derechos fundamentales– en contra de la OM de 14 de febrero de 1997, reguladora de los requisitos de prescripción y dispensación de fórmulas magistrales y preparados oficinales para tratamientos peculiares, fundamentalmente porque niega el trato discriminatorio de las fórmulas magistrales con respecto a las especialidades farmacéuticas; niega asimismo la vulneración del derecho a la creación científica y niega también, finalmente, la vulneración del principio de legalidad penal (por la remisión a las leyes General de Sanidad y del Medicamento).

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA
EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

Sumario:

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Jurisdicción. a) Jurisdicción Contencioso-administrativa. a') Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las impugnaciones relativas a la constitución, organización y afiliación de la ONCE. B) Competencia. a) Cuestión de competencia. Pensión de retiro de Guardia Civil. Actos confirmados por el Ministro. Competencia del Juzgado Central. b) Cuestión de competencia. Concurso para la enajenación de vivienda militar. Acto adoptado por el Director General Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas. Competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ. c) Cuestión de competencia. El fuero electivo del artículo 14.1 de la Ley Jurisdiccional sólo es aplicable respecto de los órganos judiciales sitos en la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia en la que se halle también la sede del órgano administrativo autor del acto. d) Recusación del Presidente del Tribunal Supremo por votación de un informe en el CGPJ. e) La Audiencia Nacional es competente para conocer de una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos con ocasión de la realización de obras en centro penitenciario. C) Sujetos. a) Legitimación activa del denunciante contra acuerdo de archivo del CGPJ. D) Objeto. a) Inaplicación de la LO 4/2001, reguladora del derecho de petición, a la solicitud de indulto. b) Imposibilidad de recurrir actos favorables al recurrente porque no se hayan recogido alguno de los argumentos o alegatos del interesado. E) Procedimiento. a) Procedimiento de la Sala del artículo 61 LOPJ. Declaración de ilegalidad y disolución de partidos políticos. b) Requisitos que se han de observar para solicitar que se complete el expediente administrativo. c) Prueba; efectos de la falta de remisión de una prueba documental administrativa. d) Extemporaneidad del recurso; el plazo se ha de empezar a computar no desde la notificación del acto impugnado sino desde la sentencia conexa a aquel acto y de la que derivaba la impugnación. F) Ejecución de sentencias. a) Despacho de la ejecución del Título III de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Título ejecutivo. Sentencias Judiciales firmes. G) Medidas cautelares. a) Mantenimiento de las medidas

cautelares acordadas en la instancia durante la tramitación del recurso de casación. b)

La apariencia de buen derecho requiere analizar la cuestión de fondo. **2. Recurso de**

casación ordinario. A) Motivos. a) La incongruencia extra petitum como motivo de casa-

ción. B) Inadmisión. a) Cuantía: En supuestos de expropiación forzosa la cuantía viene determinada por el importe establecido en las hojas de aprecio. b) Desestimación en el

fondo de otros recursos sustancialmente iguales. **3. Recurso de casación para el interés**

de la ley. A) Objeto. a) Posible cuantificación de las sanciones de suspensión en el ejercicio profesional que habrá de precisarse en cada supuesto concreto en función de las

circunstancias del caso. **4. Incidente de nulidad de actuaciones.** A) Plazo. a) Requisitos que ha de observar el escrito de interposición de un incidente de nulidad de actuaciones.

INTRODUCCIÓN

La presente crónica, que abarca el período de septiembre de 2003 a diciembre del mismo año en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, recoge diversos pronunciamientos jurisdiccionales interesantes por lo que suponen de consolidación y plena aplicación de la Ley Jurisdiccional de 1998, entre los que cabe destacar los relativos a la inaplicación de la LO 4/2001, reguladora del derecho de petición, a la solicitud de indulto, a la determinación de la competencia con relación a los actos de Ministro y al procedimiento de la Sala del artículo 61 LOPJ para proceder a declarar ilegal y disuelto un partido político.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Jurisdicción

a) Jurisdicción Contencioso-administrativa

a') Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las impugnaciones relativas a la constitución, organización y afiliación de la ONCE

La naturaleza jurídica de la ONCE es objeto de un profundo análisis en la STS de 5 de mayo de 2003, Ar. 3759, destacando el interés público que presentan sus actividades, determinando su configuración como Corporación de Derecho Público, en el desempeño de funciones públicas o de interés público en aquellos supuestos concretos en que la Administración le delega su ejercicio. Ahora bien, de esta indudable caracterización de la ONCE, no puede extraerse la consecuencia a que aquélla llega al entender que “la única

facultad jurídica pública delegada en la citada Organización es la que comprende la gestión, comercialización, sorteo, abono de premios, etc., en relación con el conocido Cupón”, y que todo lo demás, incluido “el acceso de los particulares a esa organización, constituyen cuestiones de derechos privado que deben ventilarse ante ese orden jurisdiccional”.

En efecto, lo que ha señalado la Jurisprudencia de esta Sala, es que la evolución normativa producida, a que se ha hecho referencia, lleva a entender que el régimen de las relaciones entre la ONCE y su personal empleado es laboral, no administrativo y, asimismo, que la ONCE no está legitimada para interponer recurso de apelación o de casación en interés de ley, al no encontrarse incluida entre las Entidades o Corporaciones a que se refería el artículo 102.b) LJ. Pero, al mismo tiempo se reconoce implícita o explícitamente que pertenecen al ámbito de esta jurisdicción otras cuestiones relativas a la ONCE, no sólo la aprobación de los Estatutos sino la proclamación de candidaturas en procesos electorales, actos de las Juntas Electorales de la ONCE, sobre inadmisión de candidatura, y más recientemente, los acuerdos adoptados por el Pleno del Consejo General de la ONCE sobre composición de la Comisión Permanente.

B) Competencia

a) Cuestión de competencia. Pensión de retiro de Guardia Civil. Actos confirmados por el Ministro. Competencia del Juzgado Central

Interesante sin duda alguna resulta la STS de 28 de abril de 2003, Ar. 4072, que con motivo de una cuestión de competencia realiza un análisis del artículo 9.a) de la Ley Jurisdiccional en relación con la atribución de competencia para las resoluciones del Ministro en materia de personal salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera. La principal novedad de la misma es considerar que aunque el acto inicial fue dictado por el Director General de Personal –en este caso del Ministerio de Defensa– al haber sido confirmado por el del Ministro la competencia para conocer del mismo es del Juzgado Central toda vez que el precepto no distingue: “en función de que el acto impugnado emane directamente de aquéllos o confirme, como es el caso, el dictado por otro órgano central de la Administración General del Estado”.

Para ello la Sala realiza un interpretación sistemática del artículo 66 de la Ley Orgánica del Poder Judicial “norma orientada a distribuir la competencia de los recursos que se interpongan contra los actos de Ministros y Secretarios de Estado entre la Audiencia Nacional –regla general– y los Juzgados Centrales” y del artículo 9.a) de la Ley Jurisdiccional y habida cuenta que la materia litigiosa es de personal no comprendida en ninguna de las excepciones previstas en el primero de tales preceptos atribuye la competencia controvertida al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, considerando “irrelevante que la Resolución del Ministro de Defensa, contra la que se ha interpuesto el recurso contencioso-administrativo, haya desestimado el recurso de alzada deducido

contra la dictada por el Director General de Personal, conclusión que, además, favorece la seguridad jurídica al concentrar en los Juzgados Centrales, y en último término en la Audiencia Nacional, los litigios en materia de personal cuando se trata de actos que emanan de los órganos superiores –Ministros y Secretarios de Estado– de los distintos Departamentos ministeriales”.

b) Cuestión de competencia. Concurso para la enajenación de vivienda militar. Acto adoptado por el Director General Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas. Competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ

También la STS de 9 de mayo de 2003, Ar. 4074, analiza el artículo 9 –en este caso la letra c)– de la LRJCA para determinar la competencia para conocer de un acto dictado por un Organismo Autónomo adscrito a la Subsecretaría del Ministerio de Defensa y cuyo Gerente tiene rango de Director General. Partiendo de este dato y de que la cuestión controvertida fue calificada como de personal, la Sala Tercera atribuye a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior la competencia “dado lo dispuesto en el artículo 10.1.i), en relación con el 9.c), de la Ley de la Jurisdicción, sin que a la conclusión que se ha sentado pueda oponerse que el referido artículo 10.1.i) se refiere a la Administración General del Estado, pues conforme al artículo 13.a) de la antes indicada Ley, las referencias que se hacen, en las reglas de distribución de competencias, a la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, comprenden a las Entidades y Corporaciones dependientes o vinculadas a cada una de ellas”.

c) Cuestión de competencia. El fuero electivo del artículo 14.1 de la Ley Jurisdiccional sólo es aplicable respecto de los órganos judiciales sitos en la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia en la que se halle también la sede del órgano administrativo autor del acto

La STS de 4 de junio de 2003, Ar. 4120, con referencia a la doctrina de la Sala expone la interpretación que por la misma se ha realizado del contenido del artículo 14.1 de la LRJCA. Entiende la Sala Tercera que el fuero electivo previsto en ese artículo tiene su aplicación dentro del ámbito territorial de competencia de un solo Tribunal Superior de Justicia aunque en la demanda sólo se invoquen normas estatales “pues cuando el órgano que dictó el acto impugnado se incardina en una Comunidad Autónoma hay siempre aspectos reglados por la normativa autonómica, señaladamente los referentes a la competencia y posiblemente otros procedimentales, que potencialmente pueden ser objeto del pleito. El indicado fuero electivo debe entenderse, por tanto, referido, cuando se trata de recursos contra actos de las Entidades Locales o de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, a los órganos judiciales sitos en la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia en la que se halle también la sede del órgano administrativo autor del acto de que se trate”.

d) Recusación del Presidente del Tribunal Supremo por votación de un informe en el CGPJ

Planteadas por “Batasuna” la recusación del Presidente del Tribunal Supremo en el procedimiento de ilegalización de la misma, la Sala del artículo 61 LOPJ, resolvió la misma en sentido negativo en su **ATS de 4 de diciembre de 2002**, Ar. 4145, al mantener que “el Presidente del CGPJ al participar en la votación de un informe, a lo que estaba obligado a tenor de lo dispuesto en el artículo 108.1.e) de la LOPJ, sólo habría formulado declaraciones abstractas sobre la constitucionalidad de la ley aplicable a este caso. Consecuentemente no ha emitido ningún juicio que haga suponer que tiene, ya antes del proceso, una idea formada sobre la aplicación de la ley al caso que está ahora *subijudice*. Todo ello por la simple razón de que no es lo mismo informar sobre un anteproyecto de ley que actuar en un proceso concreto en el que hay que aplicar dicha ley.

Bien es verdad que la demandada ha expuesto su pretensión de cuestionar la constitucionalidad de la LOPP. Sin embargo, el control abstracto de la constitucionalidad de las normas aplicables al caso no es objeto de un proceso que se tramita en la jurisdicción ordinaria, pues se trata de una materia propia del Tribunal Constitucional. La circunstancia de que los jueces, de oficio o a instancia de parte, estén autorizados a someter a dicho Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad (art. 35 LOTC) no convierte a la misma en objeto del proceso. Tanto es así que las partes de cualquier proceso conservan intacto el derecho de plantear, por la vía del recurso de amparo, la inconstitucionalidad de la ley aplicada en la jurisdicción ordinaria”.

e) La Audiencia Nacional es competente para conocer de una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos con ocasión de la realización de obras en centro penitenciario

La **STS de 3 de abril de 2003**, Ar. 3668, refleja un supuesto curioso de atribución competencial con relación a actos dictados por los Organismos Autónomos, concretamente por el encargado de la gestión de las prisiones. Así, en este caso ni el artículo 3 del Decreto 2705/1964 sobre Trabajos Penitenciarios, ni los artículos 1 y 2 del Real Decreto 326/1995, de 3 de marzo, que invoca la sentencia recurrida, atribuyen de manera específica a los órganos del Organismo Autónomo, Trabajos Penitenciarios o Trabajos y Prestaciones Penitenciarias, según se acoja la denominación que emplean una y otra disposición, competencia para resolver las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial, sin que en modo alguno la afirmación de que el Organismo tiene personalidad jurídica propia e independiente de la del Estado, plena capacidad jurídica y de obrar para el cumplimiento de unos fines, patrimonio propio y autonomía administrativa conforme a lo establecido en la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas implique que ello le atribuya competencia para resolver las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial en la forma que establece el artículo 142 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y Procedimiento Administrativo Común, ya que las características antes citadas son propias de todos los Organismos Autónomos en tanto que el precepto citado exige una atribución competencial expresa.

C) Sujetos**a) Legitimación activa del denunciante contra acuerdo de archivo del CGPJ**

En la STS de 23 de mayo de 2003, Ar. 4098, la Sala Tercera vuelve a reexaminar la cuestión de la legitimación activa del denunciante para poder interponer recurso contencioso contra el acuerdo de archivo de la denuncia, en el caso examinado, del Consejo General del Poder Judicial. La Sala tras referirse a la doctrina anterior sobre este asunto, analiza el mismo partiendo de que la respuesta al problema de la legitimación debe ser casuística, estimando que la clave para la determinación de si existe o no un interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución del Consejo General del Poder Judicial, dictada en expediente abierto a virtud de denuncia de un particular por una hipotética responsabilidad de un Juez, debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción al Juez puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen en esa esfera. Por ello será en cada caso, y en función de lo pretendido, como pueda darse la contestación adecuada, sin considerar que la imposición de la sanción constituye por sí misma la satisfacción de un interés, por lo que la Sentencia concluye que “ese hipotético interés no se da en el caso concreto, porque la situación jurídica del denunciante-recurrente no experimenta ventaja alguna por el hecho de que se sancione al Juez denunciado, es claro que aunque se tome un nuevo rumbo en la jurisprudencia, no se violenta en lo más mínimo el principio general de flexibilidad con la apreciación del requisito procesal de la legitimación”.

D) Objeto**a) Inaplicación de la LO 4/2001, reguladora del derecho de petición, a la solicitud de indulto**

La STS de 27 de mayo de 2003, Ar. 4106, analiza el alcance del derecho de petición recogido en el artículo 29 de la Constitución a la luz de la regulación contenida en la nueva Ley Orgánica 4/2001, aludiendo al ámbito de aplicación de la misma y partiendo del último párrafo del artículo 3 de esa Ley que dice que “No son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la presente Ley”. En consecuencia se excluye del derecho de petición el ejercicio del derecho de la gracia de indulto que cuenta con una regulación propia y específica como así se deriva de la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica cuando se afirma que “su carácter supletorio respecto a los procedimientos formales específicos de carácter parlamentario, judicial o administrativo obliga a delimitar su ámbito a lo estrictamente discrecional o graciable, a todo aquello que no deba ser objeto de un procedimiento especialmente regulado”.

b) Imposibilidad de recurrir actos favorables al recurrente porque no se hayan recogido alguno de los argumentos o alegatos del interesado

El Tribunal Supremo se plantea en la STS de 21 de mayo de 2003, Ar. 3911, si resultan revisables por los Tribunales las resoluciones administrativas favorables, que no acojan uno o más de los argumentos expuestos por el interesado. La solución apuntada es negar la posibilidad de impugnación jurisdiccional de tales actos administrativos, ya que el ataque jurisdiccional contra una actuación de la Administración ha de hacerse contra la parte dispositiva de la misma, en cuanto acuerda o deniega lo pretendido por el administrado, sin que puedan impugnarse los fundamentos jurídicos del acto, con independencia de su resultado, dado que los mismos sirven para comprender el sentido de la resolución.

E) Procedimiento

a) Procedimiento de la Sala del artículo 61 LOPJ. Declaración de ilegalidad y disolución de partidos políticos

Con motivo del procedimiento de ilegalización de “Batasuna” se plantea y resuelve la laguna legal existente en el número 5 del artículo 11 de la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, en cuanto a los trámites que han de seguirse para la proposición y práctica de la prueba, toda vez que como se señala en el ATS de 3 de diciembre de 2002, Ar. 4040, la referencia que en ese artículo se realiza a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, no resuelve nada al no contener los artículos a los que se refiere norma alguna que se recoja la secuencia procedimental de la proposición y práctica de prueba, ni los plazos aplicables a tal secuencia procedimental. En vista de ello la Sala Especial del artículo 61 concluye que “la única posibilidad de dar solución a la laguna legal comentada es la de aplicar analógicamente las reglas de la proposición y práctica de la prueba del procedimiento contencioso-administrativo en primera o única instancia que se recoge en el Capítulo I del Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

En el artículo 60.4 de esta Ley se ordena que “el plazo será de quince días para proponer y treinta para practicar” la prueba. Es ésta, por ende, la norma que hemos de seguir en el actual proceso en cuanto a la proposición y práctica de la prueba”. Para ello la Sala da las siguientes razones “a) las indudables consecuencias y efectos de derecho público que se derivan de la ilegalización de un partido político; siendo tal ilegalización el objeto de la pretensión que se ejercita en las demandas origen de esta litis; b) esta pretensión de ilegalización de un partido político presenta una cierta proximidad y similitud con las materias sobre las que recae la competencia del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, dado lo que disponen el artículo 9.4 de la LOPJ y los artículos 1 y 2 de la Ley 29/1998; de un lado, y de otro los artículos 3, 4, 5 y 6 de la LO 6/2002; c) además las reglas que, con respecto a la proposición y práctica de la prueba, prescribe el citado artículo 60.4, se ajustan perfectamente a los trámites que se previenen en los números 4, 5 y 6 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos, y a la esencia y objetivos del proceso que en él se regula”.

b) Requisitos que se han de observar para solicitar que se complete el expediente administrativo

Es relativamente frecuente que se ponga de manifiesto por parte de los recurrentes en el proceso contencioso-administrativo que el expediente remitido por la Administración demandada está incompleto. Pues bien en la **STS de 18 de febrero de 2003**, Ar.3630, se analiza la cuestión de la siguiente manera “Del examen de las actuaciones practicadas en autos, no podemos afirmar que se infringió por la Sala de instancia las normas que rigen los actos y garantías procesales que en sustento del reseñado motivo de impugnación se invocan por la parte recurrente, y en concreto las garantías previstas en el artículo 24 de la Constitución pues el perjuicio real aducido como consecuencia de la falta denunciada, que constituye, según hemos declarado, entre otras, en nuestras sentencias de veintiocho de junio de mil novecientos noventa y nueve, dieciséis de mayo de dos mil, cinco y diecinueve de junio de dos mil uno, veintitrés de septiembre de dos mil dos y veintisiete de enero de dos mil tres, el requisito medular para la prosperabilidad de la acción, no se ha producido en el caso que analizamos, pues, si bien el demandante en su escrito de demanda puso de relieve que el expediente estaba incompleto, lo cierto es que esta petición formalmente debió de ser planteada por la mecánica procedimental del artículo 74 de la Ley Jurisdiccional, a fin de que el Tribunal acordara lo procedente.

c) Prueba; efectos de la falta de remisión de una prueba documental administrativa

La falta de remisión de un documento que forma parte del expediente por parte de la Administración no siempre conlleva la anulación ni del acto administrativo impugnado ni la revocación de la sentencia de instancia. Así en la **STS de 17 de marzo de 2003**, Ar. 3788, considera no imprescindibles para decidir los documentos dejados de remitir al proceso por Ayuntamiento demandado porque, cualquiera que fuese su contenido, no servirían para alterar o modificar los hechos y circunstancias del debate, que, en definitiva, son la premisa para decidir si el convenio urbanístico impugnado es o no ajustado a derecho, habiendo resuelto la Sala sentenciadora que lo es por las razones expresadas en la sentencia recurrida, y, por consiguiente, el defecto procesal basado en la falta de práctica de determinada prueba, oportunamente pedida, es irrelevante, acarreando por ello la desestimación de este primer motivo de casación por quebrantamiento de forma, lo que, a su vez, impide acceder a la pretensión formulada con carácter subsidiario en el escrito de interposición del presente recurso.

d) Extemporaneidad del recurso; el plazo se ha de empezar a computar no desde la notificación del acto impugnado sino desde la sentencia conexa a aquel acto y de la que derivaba la impugnación

En la **STS de 25 de abril de 2003**, Ar. 3826, se analiza un supuesto curioso de extemporaneidad de un recurso contencioso-administrativo, RC 491/2003, al alegar la Administración demandada la inadmisión del recurso por ser extemporáneo, y alega el apartado e) del artículo 69 de la vigente Ley de la Jurisdicción de 29 de julio de 1998,

que dispone que “la sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso cuando se hubiera presentado el escrito inicial fuera del plazo establecido”. Sustenta esa pretensión afirmando que el acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de julio de 1996 se notificó al demandante el 19 de septiembre siguiente, y como el escrito de interposición del proceso no tuvo entrada en este Tribunal hasta el 25 de noviembre de 1999, el recurso era claramente extemporáneo. Esa causa de inadmisión del modo en que se plantea no puede prosperar. Lo que la defensa de la Administración asevera es cierto, pero, no lo es menos, que en ese argumento se omite el hecho de que el proceso, dirigido frente a idéntico acto que en la anterior ocasión, se interpone ahora, una vez que se le notifica la sentencia de este Tribunal, dictada por la Sección Séptima de esta Sala, en el recurso 747 de 1996, en 27 de septiembre de 1999. Atendiendo exclusivamente a esta circunstancia, y puesto que cuando se interpone el proceso se afirma que le ha sido notificada la sentencia, y no consta la fecha en que tuvo lugar la notificación, hay que presumir que se planteó dentro del plazo de dos meses establecido en el artículo 46. 1 de la Ley, ya que el plazo para recurrir, al no haberse resuelto la cuestión de fondo debatida, se inició de nuevo o se rehabilitó a partir de la fecha en que se notificó la sentencia, que, por cierto, como ya hicimos notar, no consta en las actuaciones.

F) Ejecución de sentencias

a) Despacho de la ejecución del Título III de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Título ejecutivo. Sentencias Judiciales firmes

La entrada en vigor de la Ley de Partidos Políticos y la celebración de las pasadas elecciones autonómicas y locales provocaron una importante actividad de la Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ. Así además de las resoluciones a las se ha hecho mención en esta crónica, se planteó la ejecución de la Sentencia de ilegalización de HERRI BATASUNA, de EUSKAL HERRITARROK y de BATASUNA, para lo cual se utilizó el trámite previsto en el Título III de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. En este sentido la Sala entiende en su **ATS de 24 de abril de 2003**, Ar. 4051, que en aplicación del artículo 545 de la Ley Procesal el órgano competente para el despacho de la ejecución en estos casos es “el Tribunal que conoció del asunto principal, siendo en todo caso un procedimiento que sólo puede ser iniciado previa demanda ejecutiva de la persona o personas que piden el despacho de la ejecución. El artículo 551 de dicha ley rituaría añade que la “ejecución se despachará mediante Auto, que no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la oposición que, con arreglo a la presente Ley, pueda formular el ejecutado”.

Por ello la Sala despacha la ejecución de la citada Sentencia ya que “han sido presentadas en legal forma las demandas ejecutivas, concurren cuantos presupuestos y requisitos procesales exige la ley para ello, el título ejecutivo presentado no adolece de ninguna irregularidad formal, los actos de ejecución que se solicitan son conformes con la naturaleza y contenido del título y esta Sala es funcional y territorialmente competente para el conocimiento de las pretensiones deducidas; en suma, porque concurren los presupuestos para despachar ejecución a que se refiere el apartado 1 del artículo 551 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

G) Medidas cautelares**a) Mantenimiento de las medidas cautelares acordadas en la instancia durante la tramitación del recurso de casación**

El contenido del artículo 132.1 de la Ley 29/1998, es examinado por la **STS 26 de mayo de 2003**, Ar. 4101, y más concretamente los efectos de la suspensión acordada en instancia y su mantenimiento durante la sustanciación del recurso de casación a pesar de que haya recaído ya sentencia en la cuestión principal.

Para un mejor entendimiento del contenido de la Sentencia es necesario hacer una breve exposición de las vicisitudes procesales acaecidas en el asunto tratado. Pues bien, acordada mediante Auto del Tribunal de instancia la suspensión de la ejecución del acto administrativo —expulsión del territorio nacional— el Abogado del Estado recurre el mismo en casación. Durante la tramitación del mismo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la Sala de Instancia dicta sentencia desestimatoria en la cuestión principal, por lo que el Ministerio Fiscal, en el trámite de alegaciones y partiendo de la jurisprudencia existente, insta a la Sala para que considere que el recurso de casación contra el auto de suspensión ha quedado sin contenido.

De ese criterio es el primer Auto de la Sala pero que es revocado en súplica por el Auto de 25 de abril de 2002, cuyo contenido es traído a la Sentencia que comentamos y que contiene el criterio que se expone. En dicho Auto se mantenía que “El artículo 132.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 establece que ‘las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado’. Este mandato legal determina el mantenimiento de las medidas cautelares acordadas en la instancia durante la tramitación del recurso de casación, y la inaplicabilidad de la doctrina jurisprudencial consolidada bajo la vigencia de la Ley Jurisdiccional de 1956, en cuya virtud una vez dictada sentencia en la instancia, lo acordado en la pieza separada de suspensión quedaba desprovisto de virtualidad”.

b) La apariencia de buen derecho requiere analizar la cuestión de fondo

En la **STS de 19 de mayo de 2003**, Ar. 3924, se viene a reafirmar los criterios que la Sala utiliza para resolver las piezas separadas de medidas cautelares. Como es sabido, las medidas cautelares constituyen una forma de justicia provisional cuyo otorgamiento exige llevar a cabo dos operaciones jurídicas sucesivas: constatar, primero, si se cumplen dos presupuestos inexcusables que, por abreviar su descripción, suelen designarse con los sintagmas latinos de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*; y, una vez hecha esa constatación, realizar una ponderación de los intereses en conflicto, por ver si debe prevalecer, en el caso concreto de que se trate, el interés de los solicitantes de esa justicia provisional sobre el interés general, o viceversa. Y todo ello sin que la resolución que se adopte en el incidente cautelar prejuzgue la que haya de dictarse en su día en el proceso principal, y sin perjuicio, también, de la posible modificación, o incluso revocación, de la

medida si se produjere una alteración de las circunstancias que determinaron el otorgamiento de la solicitada. Ciertamente es que, en el incidente cautelar, la apreciación de aquellos presupuestos no es necesario que sea completa, bastando con que *icto oculi*, a simple golpe de vista, sea razonable creer que la pretensión tiene probabilidades de prosperar y que, además, si la medida no se otorgare, pudiera carecer de utilidad la decisión estimatoria de aquella que se adoptare en el proceso principal.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, ni se aprecia la seriedad de la pretensión principal, pues falta el “humor de buen derecho”, sin cuya circunstancia mal puede hablarse de un peligro en la demora en resolver, ni cabe tampoco decir que se haya hecho esa otra operación, subsiguiente a la constatación de los presupuestos, de la ponderación de los intereses en conflicto, porque como ahora se verá, apoya esa ponderación en un hecho jurídicamente inexistente: su adhesión a la Junta de compensación.

2. RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIO

A) Motivos

a) La incongruencia *extra petitum* como motivo de casación

Es frecuente acomodar la casación al motivo recogido en el artículo 88.1.c) de la LJ, concretamente a su primer submotivo “Infracción de las normas reguladoras de la sentencia”, poniendo de manifiesto vicios tales como la falta de motivación o la incongruencia. Pues bien en el presente caso la **STS de 21 de marzo de 2003**, Ar. 3618, se analiza el supuesto menos frecuente de incongruencia que es la *extra petitum*, es decir, cuando la Sala de instancia, sin haber acudido previamente a las posibilidades de introducir ella misma un elemento jurídico nuevo en el debate mediante el mecanismo previsto al efecto en el artículo 43 de la Ley Jurisdiccional, desestima el recurso contencioso-administrativo sobre la base de un argumento ajeno a la controversia procesal. En este caso no prospera la citada denuncia en los siguientes términos “La acusación de incongruencia *extra petitum* referida a una determinada sentencia no puede prosperar cuando ésta no introduce por sí misma un elemento distinto de los que están en la base del litigio, y esto es lo que aquí sucede: la Sala sentenciadora se refiere de modo específico a la resolución y a los informes de los servicios de inspección de la Dirección General de Seguros en que aquélla se basa”.

B) Inadmisión

a) Cuantía: En supuestos de expropiación forzosa la cuantía viene determinada por el importe establecido en las hojas de aprecio

Con relación a la impugnación de un justiprecio la cuantía del recurso viene determinada por el importe establecido en las hojas de aprecio, no por el justiprecio determinado por el Jurado expropriatorio.

Así lo declara la **STS de 14 de abril de 2003**, Ar. 3969, al afirmar que “el acto recurrido en la instancia, que es un acuerdo valorativo del Jurado Provincial de Expropiación que fijaba, según ya hemos indicado, como justiprecio una indemnización de cinco millones cuatrocientas ochenta y siete mil novecientas nueve mil pesetas por el desahucio de la vivienda, fue anulado por el Tribunal *a quo* al estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y, consiguientemente, al señalar como justiprecio la cantidad de trescientas mil pesetas, frente a los diez millones setecientas noventa y nueve mil pesetas que solicitaba el propietario-expropiado en el *petitum* de su escrito fundamental de demanda, cabe contra la referida sentencia recurso de casación, puesto que los seis millones que se exigen según el artículo 93.1.a) de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, para recurrir en casación aparecen superados ampliamente, y así se comprende que ni la Sala de instancia al tener por preparado el presente recurso ni la Sección Primera de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo vieran obstáculo procesal alguno para la admisión del presente recurso”.

b) Desestimación en el fondo de otros recursos sustancialmente iguales

En la **STS de 10 de marzo de 2003**, Ar. 3783, la Sala hace uso de una de las causas de inadmisión menos utilizada y que no es otra que la contemplada en el apartado c) del artículo 93.1 de la LJ “Si se hubieran desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales. En este sentido se declara que la Sentencia recurrida vulnera nuestra doctrina jurisprudencial sobre las cuestiones formales planteadas, es decir, la falta de fundamento de la práctica de la auditoría por basarse en disposiciones derogadas, la competencia de la Intervención General de la Seguridad Social, los defectos de procedimiento por lo que se refiere a la audiencia del interesado, y el carácter sancionador de las órdenes de rectificación o ajuste de determinados asientos contables. Sobre todas estas materias existe doctrina reiterada y consolidada de esta Sala, contenida no sólo en las Sentencias que alega el defensor de la Administración sino además en las de 9 de mayo de 1995, 20 de octubre de 1996, 15 de febrero, 21 de septiembre y 15 de diciembre de 1998, 25 de marzo de 1999, 25 de septiembre de 2002, y las más recientes de 15 y 29 de enero de 2003. En consecuencia debe entenderse que asiste la razón al Abogado del Estado ya que el Tribunal Superior de Justicia ha vulnerado por inaplicación esa nuestra doctrina jurisprudencial respecto a la práctica de las auditorías a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, entidades colaboradoras de la gestión de la Seguridad Social.

3. RECURSO DE CASACIÓN PARA EL INTERÉS DE LA LEY

A) Objeto

a) Posible cuantificación de las sanciones de suspensión en el ejercicio profesional que habrá de precisarse en cada supuesto concreto en función de las circunstancias del caso

De especial interés resulta la **STS de 23 de mayo de 2003**, Ar. 4094, en la que con motivo de la resolución de un recurso de casación en interés de la Ley se analiza la posible

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

cuantificación de las sanciones disciplinarias impuestas a los Abogados por los Colegios Profesionales a los que pertenecen. En el caso que se comenta se analizaba el recurso interpuesto contra una Sentencia de una Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia declarando inadmisibile un recurso de apelación interpuesto contra una Sentencia de un Juzgado sobre sanción a letrado de suspensión de un mes en el ejercicio de la abogacía.

Por el Consejo General de la Abogacía se pretendía que por la Sala Tercera se afirmara que las sanciones de suspensión en el ejercicio profesional son de cuantía indeterminada. La Sala Tercera en la Sentencia comentada entiende que “ Es evidente que en el presente caso la posibilidad de sanciones susceptibles de valoración económica está establecida en el artículo 42.2 de la vigente Ley de la Jurisdicción, de donde se deduce, de acuerdo con el criterio jurisprudencial antes expuesto, que, siendo éstas valorables, no han de considerarse de cuantía indeterminada y, en el caso concreto enjuiciado, que afecta a la imposición de una sanción de suspensión de un mes de ejercicio profesional, es acertado el criterio de la Sala de instancia que estima que la cuantía de los ingresos dejados de percibir no excede de aquella cifra.

Por otro lado, en modo alguno cabría que, con el carácter general que se pretende de una declaración propia del recurso de casación en interés de Ley, esta Sala afirme, con esa generalidad, que las sanciones de suspensión en el ejercicio profesional impuesta a los Abogados por sus Colegios Profesionales o incluso la que exclusivamente afecta a un mes de suspensión es de cuantía indeterminada, o en todo caso, superior a tres millones de pesetas, puesto que la determinación de dicha cuantía habrá de precisarse en cada caso concreto en función de las circunstancias del caso, pudiendo en todo caso la parte interesada alegar su discrepancia con la cuantía fijada por el recurrente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley vigente Jurisdiccional, cuya posibilidad no se ha ejercitado por parte de la recurrente en casación en el presente caso”.

4. INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

A) Plazo

a) Requisitos que ha de observar el escrito de interposición de un incidente de nulidad de actuaciones

En el ATS de 21 de marzo de 2003, Ar 3652, se ponen de manifiesto diversas cuestiones relativas al incidente de nulidad de actuaciones. Como es sabido, el plazo para interponer el incidente de nulidad de actuaciones es de 20 días a contar desde la resolución que se pretende anular para las partes personadas. Es evidente a tenor de las notificaciones que constan en autos que para el recurrente han pasado todos los plazos legalmente establecidos para pedir la nulidad de las resoluciones que se citan en el Suplico de su escrito. Por ello, la petición de nulidad, además de basarse en hechos que no se ajustan a la realidad, es patentemente extemporánea.

El recurrente ha formulado ya las peticiones sobre nulidad de actuaciones y éstas han sido resueltas. Sobre lo resuelto no se puede volver. Todas las argumentaciones atinentes a la indefensión causada y el ámbito de la ejecución fueron resueltas en diversos autos. Específicamente, en uno de ellos se afirmaba: “Es patente, por tanto, que para decidir la demolición de lo edificado hay que atender a lo que el fundamento octavo relaciona en zonas comunes de paso y lugar porticado. No es necesaria la apreciación de pruebas periciales, ni informes, sino leer el fallo de la sentencia, integrándolo con los fundamentos a que éste se remite, para determinar su alcance. Prueba definitiva de lo razonado es que el recurso que se decide no hace argumentación contra los razonamientos de fondo del auto impugnado sino que se limita a insistir en los pasajes de la sentencia que considera favorables para su tesis”.

Por su parte, en otro de ellos se afirmaba: “Las alegaciones sobre indefensión no merecen acogida. Las que se sustentan en la condición de parte del solicitante, por haber adquirido el local sobre el que ahora se discute la procedencia de la demolición en virtud de un documento privado, porque olvida que tales adquisiciones privadas no pueden ser esgrimidas frente a terceros. Si algo tiene el solicitante que reclamar deberá hacerlo frente a su causante, pues el expediente se llevó a cabo con quien aparecía, entonces como titular de los terrenos independientemente de los pactos privados que hubiera celebrado. Finalmente, el documento público de adquisición, al ser de fecha notablemente posterior a la iniciación del proceso en el que recayó la sentencia cuya aclaración se solicita, da lugar a que, en aplicación del artículo 88 del TRLS se subrogue el adquirente en la posición procesal de su causante”. Por ello, el incidente de ejecución de sentencia no es cauce para plantear, al hilo de las resoluciones que se dictan nuevos incidentes de ejecución reiterando problemas ya resueltos u ocurrencias nuevas de las partes a fin de evitar la ejecución acordada.

ÁNGEL ARDURA PÉREZ

JAVIER FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

A. EMBID IRUJO y E. COLOM PIAZUELO

Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas

[Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 404 páginas]

BELEN MARINA JAIVIO

La Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas (BOE núm. 124, de 24 de mayo), en vigor desde el día 25 de agosto de 2003, ha añadido un nuevo Título V al Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Texto Refundido aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio).

Aunque el objeto básico y central de esta reforma es la regulación del contrato de concesión de obras públicas, las modificaciones introducidas por la Ley 13/2003 afectan a otras muchas disposiciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP, en adelante), y se extienden además hasta un total de dieciséis leyes (Ley de Aguas, Ley de Costas, Ley General de Obras Públicas, Ley de Autopistas en Régimen de Concesión, etc.)

La intervención del Consejo de Estado (Dictamen de 5 de diciembre de 2001) hizo que la Ley 13/2003 se configurase como un texto de modificación de la LCAP, integrado en esta última. Pese a ello, más allá de una mera regulación puntual del contrato de concesión de obras públicas, la Ley 13/2003 opera como una ley especial dentro de la regulación general establecida por la LCAP. Las particularidades con las que la Ley 13/2003 configura el régimen de

este contrato plantean múltiples inconvenientes de articulación con la normativa general de la LCAP y con la del Derecho Comunitario.

Ahora bien, las dificultades de interpretación y de aplicación de la nueva Ley no derivan exclusivamente de las singularidades que introduce en el régimen del contrato de concesión de obras públicas, pues, de la aplicación preferente del régimen del Título V del Libro II –y de sus normas de desarrollo– de la LCAP no deriva más que una regulación parcial de dicho contrato. De ahí las numerosas remisiones a otros preceptos de la LCAP y de la legislación sectorial, que no evitan la subsistencia de abundantes lagunas y dudas en el texto de la Ley 13/2003.

Desde otra perspectiva, conviene resaltar también que, al amparo del art. 149.1.18 CE, la nueva regulación del contrato de concesión de obras públicas ha incrementado de modo inmotivado el número de preceptos básicos contemplados por la LCAP, con la consecuente restricción de las competencias normativas de las Comunidades Autónomas.

Las líneas anteriores permiten atisbar solamente algunas de las cuestiones que plantea la aplicación de la Ley 13/2003, pero son suficientes para poner de manifiesto la necesidad y la utilidad de un trabajo como el realizado por los Profesores A. EMBID IRUJO y E. COLOM PIAZUELO. La monografía elaborada por A. EMBID y E. COLOM analiza pormenorizadamente el contenido de la Ley 13/2003, expone los problemas que suscita la interpretación y la aplicación de dicha Ley, propone soluciones a los mismos y desarrolla líneas de pensamiento que bien podrían ser tenidas en cuenta para el futuro desarrollo reglamentario de la norma comentada. A las ya destacadas aportaciones de esta obra, se une la rapidez con que

ha sido editada, de manera prácticamente inmediata tras la entrada en vigor de la Ley comentada.

Los Profesores EMBID y COLOM han analizado detalladamente los aspectos principales del contenido de la nueva Ley 13/2003: la definición del contrato de concesión de obras públicas, el procedimiento de otorgamiento y ejecución, los derechos y obligaciones del concesionario, las potestades administrativas y las Disposiciones Adicionales de la Ley.

El contrato de concesión de obras públicas cuenta ya con distintos antecedentes en nuestro ordenamiento. Pero, como ya se ha dicho, la Ley 13/2003 ha introducido notables novedades en su regulación.

I. Para empezar, la Ley 13/2003 ha ampliado el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa de contratos públicos.

Según dispone el artículo 220.5 LCAP —añadido por la Ley 13/2003—, el régimen del contrato de concesión de obras públicas es aplicable a las Administraciones Públicas y a las Entidades de Derecho Público. Respecto de estas últimas, el nuevo Título V del Libro II de la LCAP resulta aplicable a todas ellas, con independencia de su denominación y de su régimen jurídico de contratación. Por el contrario, las restantes disposiciones de la LCAP vinculan de forma exclusiva a las Administraciones Públicas y a los Organismos autónomos, y sólo de forma parcial se aplicarán a las Entidades de Derecho Público.

Como advierten A. EMBID y E. COLOM, esta ampliación plantea la necesidad de coordinar los criterios de aplicación de la LCAP y de otras normas de contratación.

II. Desarrollando algunas de las cuestiones ya anticipadas, conviene precisar que muchas de las dificultades de incardinación de las disposiciones de dicha Ley en el régimen general de la LCAP, puestas de relieve por los autores en el análisis de los principa-

les elementos del régimen jurídico del contrato estudiado, derivan de la amplísima concepción del contrato de concesión de obras públicas del que parte la Ley 13/2003.

De conformidad con la definición que proporciona el nuevo art. 220 de la LCAP, el objeto del contrato de concesión de obras públicas puede consistir en la construcción de una obra pública y su entrega a la Administración, en la construcción y explotación de la obra por el concesionario o en la mera explotación de una obra pública. En definitiva, el contrato regulado por la Ley 13/2003 se define por su vinculación a una obra pública.

Por el contrario, en la LCAP y en el Derecho Comunitario el contrato de concesión de obra pública comporta necesariamente la realización de una obra y su entrega a la Administración. En otras palabras, el objeto de este contrato es una obligación de material o de resultado y no cualquier actividad relacionada con una obra pública.

El criterio seguido por la Ley 13/2003 para la definición del contrato de obra pública no resulta criticable sin más. Lo que ocurre, tal como resaltan los autores de esta monografía, es que esta Ley ha optado por una nueva configuración del contrato de concesión de obra pública sin tener en cuenta las restantes categorías de contratos públicos contempladas por la LCAP y por el Derecho Comunitario.

El contrato de concesión de obras públicas de la Ley 13/2003, aunque presenta cierta similitud con los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios públicos regulados por el Derecho Comunitario, no encaja plenamente en ninguna de las dos figuras contractuales mencionadas. En el ordenamiento comunitario, el contrato de concesión de obra pública implica una obligación de resultado, mientras que el objeto del contrato de concesión de servicios es la prestación de servicios. Lógicamente, esta falta de sintonía entre el contrato regulado por la

Ley 13/2003 y las figuras del Derecho comunitario no puede ser aprovechada para obviar la aplicación de las Directivas (vid. Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios) que regulan la concesión de obras y servicios públicos.

Por su parte, la LCAP regula el contrato de concesión de obra pública partiendo de la definición del contrato de obra pública. Sin perjuicio de la distinta contraprestación propia de cada supuesto, la prestación a la que se obliga el contratista consiste en ambos casos en la realización de una obra pública. Este elemento común consistente en realización de una actividad por el contratista concurre también en los contratos de servicios públicos regulados por el Derecho comunitario. Dicha distinción entre los contratos de obras públicas, de servicios públicos y de gestión de servicios públicos resulta desnaturalizada por el nuevo contrato que configura la Ley 13/2003. Ocurre entonces que el contrato de concesión de obra pública deja de considerarse un contrato de obra pública y se caracteriza por tener como objeto la simple realización de alguna actividad vinculada a una obra pública. A su vez, la regulación de la Ley 13/2003 determina que algunos supuestos de concesión de servicios públicos puedan ser considerados conceptualmente como contratos de concesión de obra pública o que determinados contratos de servicios públicos puedan subsumirse en el objeto del contrato de concesión.

Tal como ponen de manifiesto los Profesores EMBID y COLOM, los resultados no son más halagüeños si se aborda la tarea de calificar el contrato de concesión de obras públicas aplicando los criterios contenidos en el ordenamiento comunitario y en la LCAP. Las disposiciones de la Ley 13/2003 han irrumpido sin adoptar las mínimas cautelas de coordinación con el resto del articulado de la LCAP y de correspondencia con las categorías previstas en la regulación comunitaria rela-

va a la contratación de obras y servicios públicos. Por ello, en el texto de la LCAP existen ahora dos figuras contractuales con objeto similar: el contrato de concesión de obra pública en su modalidad de explotación de obra ya construida (arts. 220 y ss. LCAP) y el contrato de concesión de gestión de servicios públicos (arts. 154 y ss. LCAP). En consecuencia, para determinar cuándo se trata de un contrato de concesión de gestión de servicios públicos con obras accesorias y cuándo se está en presencia de un contrato de concesión de obras y gestión de servicios públicos, habrá que atender a los criterios de clasificación del Derecho comunitario y de la LCAP, teniendo en cuenta que en virtud de lo dispuesto por esta última norma (art. 6) la calificación resultante vendrá determinada por la prestación más importante desde el punto de vista económico.

III. Sin duda, una de las cuestiones en las que más apreciable resulta la innovación realizada por la Ley 13/2003 es la relativa a la iniciativa privada para el inicio del procedimiento de otorgamiento del contrato de concesión de obras públicas.

Ciertamente, nuestro ordenamiento —es el caso de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión, y del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales— ya había contemplado la posibilidad de que los particulares pudiesen tomar la iniciativa para obtener un contrato de concesión de las Administraciones Públicas. Sin embargo, hasta ahora no habíamos contado con una regulación considerablemente pormenorizada como la dispuesta por los artículos 222 y 227 del nuevo Título V introducido por la Ley 13/2003 en el Libro II de la LCAP.

La Ley 13/2003 reconoce claramente a los particulares, a personas jurídicas o a otras Administraciones Públicas un derecho de iniciativa en la presentación de estudios de viabilidad de eventuales concesiones para la construcción y/o explotación de obras públicas. De este modo, y precisamente respecto de un tipo de contrato en el que ya resulta patente la colaboración entre los sectores público y privado, la Ley 13/2003

potencia considerablemente la participación de los particulares, otorgándoles la iniciativa en la incoación de un procedimiento que ha de concluir con un pronunciamiento administrativo sobre el particular. En cualquier caso, conviene precisar que el protagonismo privado en la iniciación del procedimiento no alcanza a vincular el sentido del pronunciamiento administrativo sobre la iniciativa presentada.

Siempre que reúnan los requisitos legales de capacidad y solvencia exigidos a los contratistas de la Administración, los particulares u otras entidades podrán presentar ante el órgano competente el citado estudio de viabilidad, que va más allá de un simple estudio de viabilidad económica.

El análisis de los Profesores EMBID y COLOM muestra claramente que tampoco la regulación de esta institución está exenta de insuficiencias. La Ley 13/2003 no resuelve o no detalla adecuadamente muchas cuestiones relativas a la tramitación del procedimiento iniciado con la presentación del estudio de viabilidad, al órgano competente para conocer del mismo, al trámite de información pública, al estudio de impacto ambiental, etc.

IV. Respecto del procedimiento de otorgamiento y del régimen de ejecución del contrato de concesión de obras públicas, regulados en el Capítulo II del Título V del Libro II de la LCAP, la Ley 13/2003 se ha limitado a contemplar las especialidades propias del nuevo contrato.

Por tanto, nos encontramos ante un ejemplo más de la tónica característica de la Ley 13/2003 que, lejos de regular de forma completa y sistemática el régimen del contrato de concesión de obras públicas, se limita a disponer un conjunto de reglas especiales adecuadas a la singularidad de dicho contrato, remitiéndose después a las normas generales de la LCAP.

Esta forma de proceder de la Ley 13/2003 plantea la necesidad de determinar previamente las normas por las que se rige el contrato de concesión de obras públicas. Sin embargo, la realización de esta tarea pre-

via no sirve más que para concluir que, en un buen número de ocasiones, las remisiones efectuadas por la nueva Ley no permiten completar el régimen aplicable a dicho contrato.

Por ejemplo, en virtud de las citadas remisiones ocurre que, de forma paradójica, el nuevo contrato de concesión de obras públicas se regiría en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la LCAP y por las disposiciones de desarrollo de esta norma. Así, se aplicarán las normas específicas contempladas en el Libro II de la LCAP para cada tipo de contrato, completándose con las normas específicas del Libro I. Supletoriamente se aplicarían las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado.

Pese a todo, las remisiones de la Ley 13/2003 a las normas generales de la LCAP o a las normas específicas del contrato de obras no permiten completar totalmente el régimen del nuevo contrato de concesión de obras públicas ni evitan la subsistencia de considerables dudas sobre las modalidades de adjudicación y las cuestiones relacionadas con la ejecución de este contrato.

Por todo ello, los autores vuelven a insistir en la necesidad de que estas cuestiones sean resueltas mediante el desarrollo reglamentario de la Ley 13/2003.

V. Los autores dedican el Capítulo IV de esta monografía al estudio de los derechos y de las obligaciones de los concesionarios. En este sentido, debe destacarse que la Ley 13/2003 ha procedido a la regulación de derechos y obligaciones que no tiene lugar en el resto de contratos administrativos del Libro II de la LCAP.

Entre los derechos que caracterizan al concesionario como colaborador privilegiado de la Administración Pública, se encuentran los relativos a la utilización de los bienes de dominio público necesarios para la construcción y la explotación de la obra, a la posibilidad de constituirse en beneficiario de la expropiación forzosa y a la imposición de servidumbres.

La regulación de los derechos mencionados no constituye una excepción a una de las notas más características de la Ley 13/2003. También en este apartado nos encontramos con falta de regulación específica y sistemática de determinados aspectos, y con referencias a otras normas que no despejan todas las dudas suscitadas en la interpretación de la nueva Ley.

En la regulación de los derechos del concesionario a usar los bienes de dominio público, la Ley 13/2003 no distingue adecuadamente entre los supuestos en que la concesión lo sea para la construcción de una obra y aquellos otros en los que únicamente comprenda la explotación de la misma.

Otro tanto puede decirse de la regulación de los derechos del concesionario a imponer servidumbres y a constituirse en beneficiario de la expropiación forzosa. Dadas las insuficiencias de la Ley 13/2003, sus disposiciones habrán de integrarse con las de la Ley de Expropiación Forzosa y las de la legislación sectorial aplicable.

Tal como se ha resaltado en relación con otras disposiciones de la Ley 13/2003, pese a la diversidad de objetos posibles del contrato de concesión de obras públicas, también en la determinación de las obligaciones del concesionario predomina la perspectiva de la ejecución de una obra por un contratista cuya contraprestación va a consistir en la explotación de dicha obra.

El artículo 220.2 de la LCAP —en la redacción dada por la Ley 13/2003— dispone que la construcción y la explotación de las obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, que asumirá los riesgos derivados de dichas obligaciones en los términos establecidos por la nueva Ley. Añade la Ley 13/2003 que los riesgos mencionados serán compatibles con distintos sistemas de financiación de las obras y con las aportaciones a las que se obligue la Administración competente. En relación con este precepto, el artículo 220.4 señala que el sistema de financiación de la obra y la retribución del concesionario se determinarán por la Administración concedente aten-

diendo a los objetivos de estabilidad presupuestaria, a los criterios de racionalidad en la inversión de recursos económicos públicos, a la naturaleza de la obra y al significado de ésta para el interés público.

El último precepto citado, rebotante de conceptos jurídicos indeterminados, deja entrever un principio fundamental en la vertebración de la reforma normativa del contrato de concesión de obras públicas. Como afirman A. EMBID y E. COLOM, existe un criterio determinante para captar la esencia de la Ley 13/2003, que es la atribución de un amplio margen de discrecionalidad a la Administración concedente para actuar en función de lo que casuísticamente considere adecuado para satisfacer necesidades o intereses públicos.

Con igual acierto se pronuncian los autores al calificar de obsesivas las referencias de la Ley 13/2003 al principio de riesgo y ventura. Ya en la Exposición de Motivos de esta nueva Ley se hace hincapié en la conveniencia de moderar el alcance del riesgo, pues, de otro modo, la larga duración del contrato de concesión de obras públicas y el consecuente margen de error en las previsiones, podría ahuyentar la iniciativa privada en cuantiosas inversiones que requieren la implicación de los sectores público y privado. Aun así, la Exposición de Motivos de la Ley 13/2003 se hace eco de la necesidad de que sea el concesionario quien asuma sustancialmente el riesgo derivado de la ejecución del contrato, para evitar la desnaturalización de la figura de la concesión.

Teniendo en cuenta las disposiciones de la nueva Ley relativas al principio de riesgo y ventura, no debe extrañar que el Dictamen del Consejo de Estado advirtiese del peligro derivado de una interpretación extensiva o inadecuada de tales criterios normativos, que llevaría a un resultado de un aseguramiento público y generalizado del riesgo implícito en la gestión del contrato.

Para la garantía de la viabilidad económica del nuevo contrato, la Ley 13/2003 (arts. 245 a 247) prevé dis-

tintas alternativas como las aportaciones públicas a la construcción de la obra o la retribución al concesionario mediante la explotación de la obra. En este último caso, el concesionario percibiría las tarifas que podrían ser abonadas por los usuarios o por la Administración. En el objetivo persistente de asegurar la sostenibilidad económica de la explotación de la obra la Ley alude al “umbral mínimo de rentabilidad”, como criterio legitimador de las ayudas públicas que puedan otorgarse al concesionario.

No hay duda de que todas estas consideraciones permiten a los autores concluir fundadamente sobre la práctica eliminación del principio de riesgo y ventura como elemento característico del contrato de concesión de obras públicas.

VI. En el Capítulo V, los Profesores EMBID y COLOM estudian la regulación de las potestades que asisten a la Administración en relación con el contrato de concesión de obras públicas. Como novedades de la Ley 13/2003, los autores resaltan la exigencia de autorización administrativa para constitución de hipotecas sobre la concesión, para la subrogación en la posición del concesionario del acreedor hipotecario y para otras actividades que influyen en el desarrollo del contrato.

Sin perjuicio del interés de las reformas referidas en el párrafo anterior, merecen especial consideración las reflexiones de A. EMBID y E. COLOM sobre las facultades administrativas para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión. La Ley 13/2003 no oculta su preocupación por el mantenimiento del equilibrio económico del contrato. El equilibrio económico debe recomponerse siempre que resulte alterado por las causas legalmente previstas, tanto si perjudica como si beneficia al concesionario. Entre las distintas formas de restablecimiento del equilibrio, la reforma operada por la Ley 13/2003 contempla la posibilidad de modificar el plazo de la concesión. En este sentido, mientras que la nueva Ley opta por reducir de forma general la duración de las concesiones, admite la ampliación de

dichos plazos por encima de los límites legales cuando se trata de restablecer el equilibrio económico del contrato. De este modo, los plazos de cuarenta y de veinte años inicialmente previstos para la construcción y explotación de la obra o para la mera explotación de la misma, respectivamente, pueden alargarse hasta sesenta años en la primera modalidad mencionada y hasta veinticinco años en la segunda.

El análisis de estas potestades permite a los autores insistir en el elevado grado de discrecionalidad que faculta a la Administración concedente para apreciar la existencia de intereses públicos que legitiman el ejercicio del *ius variandi*. Ésta no es sino otra de las líneas conductoras de la Ley 13/2003, que permite ampliar los plazos de las concesiones de obras públicas como una garantía más para mantener el equilibrio económico del contrato, junto con las otras modalidades ya aludidas de ayudas públicas.

VII. Las cuestiones que se han reflejado en esta revisión permiten al lector aproximarse a la entidad de las reformas introducidas por la Ley 13/2003, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas. La monografía de A. EMBID COLOM y E. COLOM PIAZUELO analiza con rigor la nueva Ley, haciendo especial énfasis en sus carencias normativas y en la dificultad de articular las disposiciones de la misma con el resto de normas afectadas por la nueva regulación. Respecto de estas cuestiones, la labor de crítica constructiva realizada por A. EMBID y E. COLOM aporta propuestas acertadas de innegable utilidad para subsanar algunas deficiencias de la nueva regulación del contrato de concesión de obras públicas. Asimismo, los Profesores EMBID y COLOM exponen con agudeza las líneas directrices de la nueva Ley 13/2003, imprescindibles para comprender la lógica de la regulación del contrato de concesión de obras públicas.

Pocas dudas pueden quedar al lector sobre el interés de la monografía de A. EMBID y E. COLOM, que estudia exhaustivamente todas las cuestiones ya aludidas en estas páginas.

AAVV (Director JOSÉ ANTONIO MORENO)

Procedimiento y Proceso Administrativo Práctico

[La Ley, 3 tomos]

JUANI MORCILLO MORENO

El procedimiento administrativo aparece configurado en nuestro Derecho como una garantía de la sujeción de cualquier actuación de la Administración al Derecho, en la medida en que supone que toda la actividad administrativa tiene que canalizarse obligatoriamente a través de unos cauces determinados como requisito mínimo para que pueda ser calificada de actividad legítima. A través del procedimiento administrativo se satisfacen y garantizan tanto los derechos de los ciudadanos como el propio interés público. Ahora bien, la importancia de conocer este procedimiento (que nos permite dirigirnos a la Administración para tramitar cualquier tipo de solicitud, permiso o información, o interponer un recurso contra una actuación administrativa que nos perjudique) va unida a la notable complejidad que reviste la materia por la multiplicidad de procedimientos que aplican nuestras Administraciones, lo que hace que incluso para los profesionales del Derecho sea difícil en muchas ocasiones el localizar el procedimiento o el documento aplicable a cada caso concreto.

La obra que se recensiona recoge, desde un enfoque eminentemente práctico, el procedimiento administrativo común aplicable por todas nuestras Administraciones Públicas (Estado, Comunidades Autónomas y

Entidades Locales), los procedimientos administrativos especiales de mayor importancia y utilización, y el proceso judicial contencioso administrativo. Es decir, incluye un gran porcentaje de los procedimientos y formularios que afectan a las relaciones de los ciudadanos con las Administraciones Públicas, desde el momento inicial en que surgen o pueden surgir estas relaciones hasta que, eventualmente, finalizan en su última fase, que es la judicial, ante los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo.

La obra consta de 3 tomos. El primero de ellos se dedica al procedimiento administrativo común, analizando básicamente, y artículo por artículo, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El segundo tomo tiene por objeto los procedimientos administrativos especiales y en el mismo se analizan los procedimientos sancionadores; la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas; el procedimiento relativo a las subvenciones y ayudas públicas; el procedimiento expropiatorio; el procedimiento de contratación; el procedimiento económico administrativo, el procedimiento en materia de transportes, el procedimiento en materia de patrimonio cultural y el procedimiento en materia de urbanismo. Por último, el tercer tomo se encarga de recoger el proceso judicial contencioso-administrativo, contenido en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Se analizan el procedimiento ordinario, el procedimiento abreviado y los procedimientos especiales: procedimiento para la protección de los derechos fundamentales, cuestión de ilegalidad, procedimiento en casos de suspensión administrativa de acuerdos, procesos electorales y recurso contencioso disciplinario militar.